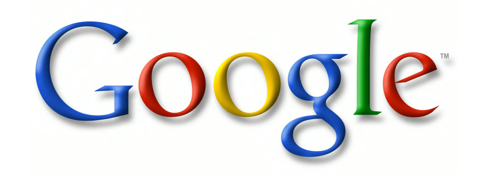


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

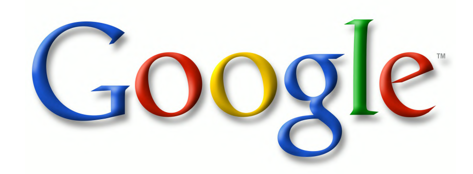
Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

+ *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.
+ *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.
+ *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.
+ *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página `http://books.google.com`


HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 061 857 660

C



HARVARD LAW LIBRARY

Received SEP 11 1929


Spain

EL PROBLEMA DE

LA IGNORANCIA DEL DERECHO

Y SUS RELACIONES CON

el status individual, el referendum y la costumbre.

EL PROBLEMA DE
LA IGNORANCIA DEL DERECHO
Y SUS RELACIONES CON
EL STATUS INDIVIDUAL, EL REFERENDUM Y LA COSTUMBRE

DISCURSOS

LEÍDOS ANTE LA

REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLITICAS

EN LA RECEPCIÓN PÚBLICA

DEL SEÑOR

D. JOAQUÍN COSTA Y MARTÍNEZ

EL DÍA 3 DE FEBRERO DE 1901

MADRID
IMPRENTA DE SAN FRANCISCO DE SALES
Pasaje de la Alhambra, núm. 1.

1901

SPA
911

SEP 11 1929

9/11/29

DISCURSO

DEL SEÑOR

D. JOAQUÍN COSTA Y MARTINEZ

Señores Académicos:

La memoria de Sanromá es en estos momentos de una punzante actualidad. Desde que en 1865 fundó, con otros, al lado del inolvidable Vizcarrondo, la Sociedad Abolicionista Española, fué su vida un combate sin tregua por la redención moral, política y económica de las Antillas. Treinta y tres años de propaganda brava y tenaz, por la palabra y por la acción, han desembocado en el régimen autonómico, concedido por la metrópoli; pero, ¡ay! concedido á la hora misma en que, no ya la metrópoli, la raza misma española hacía crisis, y tal vez bancarrota, precipitándose en un nuevo Guadalete. Hace poco más de un cuarto de siglo, en una de sus conferencias abolicionistas, señalaba Sanromá la isla de Cuba como «el pedazo de tierra española donde habrán de »decidirse, más ó menos tarde, los destinos de la joven Amé»rica: de un lado, el pendón de Castilla, tremolado por manos »españolas; del otro, las estrellas de la Unión, agitadas al »viento por el robusto brazo de los yankees, hasta saber de »quién será definitivamente la América, si toda latina, con »nuestra raza, ó toda anglo-sajona con los hijos de Washington y de Franklin (1).» El vaticinio se ha cumplido, salvo

(1) *Discurso en la tercera conferencia abolicionista:* Madrid, 1872, páginas 6 y 8.

que entre el pendón castellano y la bandera estrellada propiamente no ha habido choque: ha sido más bien una catástrofe unilateral, en que la otra parte apenas ha tenido que desempeñar otro papel que el de espectadora. No es que España haya sido vencida: ha sucumbido, se ha desplomado, porque le faltaba consistencia para tenerse de pie.

Poseídas por diversas naciones europeas, formaban las Antillas como una Europa en miniatura, colocada en el punto de intersección de dos vías planetarias, lugar de encuentro para cuatro mundos; especie de anfictionado, presidido por el pueblo que había sido su revelador; y parecía frontera suficiente para mantener separados dos dominios étnicos, el dominio de la raza anglo-sajona y el dominio de la raza ibera,—y dique bastante poderoso para contener la irrupción de la una sobre la otra. Hoy todo ha concluído: Europa, la Europa continental, se ha resignado cobardemente á perder aquella posición avanzada y retirar del mar antillano la representación que sustentaba de la civilización antigua en el Nuevo Mundo. Por un concurso de dos fatalidades,—de parte de España, ignorancia y negligencia, que serían cualificadas de inexcusables si no fuesen constitucionales y superiores á su voluntad; de parte de la República norte-americana, instinto de absorción y adquisividad, que constituirían el delito vulgar designado en los Códigos con el nombre de robo en cuadrilla, si no fuese obra de un impulso vesánico impreso en la raza, y ante el cual, honor, justicia, cristianismo, humanidad, civilización, padecen total eclipse,—efecto, digo, de esas dos fatalidades, España acaba de desfilar la primera, replegándose á su viejo solar mediterráneo; y aquel coro de naciones iberas que la miraban como matriz, queda condenado por irrevocable sentencia del Hado, á muerte civil, y hasta natural, mientras la matriz misma, perdido el breve asiento, tan sublimado un día, se reduce á las proporciones de una de aquellas pequeñas naciones abortivas, inferior en rango á Bélgica y á Suiza, sólo que sin el beneficio de Estado

neutro y sin que ningún Laveleye pueda dirigirle aquella palabra de aliento y de consuelo: *¡heureux les petits pays!* Adolfo Blanqui podría repetir hoy, al cabo de dos generaciones, la amarga reflexión con que cierra la historia de los desastres que acarreó á España su desatinada política colonial en pasados siglos: «Jamás los ciudadanos de un país expiaron de un modo más cruel las faltas de sus gobiernos; y podría decirse que ha servido de ejemplo á las demás naciones, enseñándoles á escarmentar con sus fracasos y con sus yerros.»

De pocos podrá decirse como de Sanromá que murió á tiempo; á tiempo para sí, quiero decir. Fué la muerte con él bien misericordiosa, al evitarle el sonrojo de esta caída, que proyecta una sombra de tristezas y duelos sobre el final de un siglo gigante;—fué con él bien misericordiosa la muerte, perdonándole el espectáculo repulsivo de un pueblo á quien no se le caen de los labios ni de la pluma las palabras «humanidad» y «civilización,» que atiza vilmente durante tres años el incendio de una guerra civil espantable, para buscar su provecho sobre medio millón de cadáveres, de huérfanos, de viudas; visión dantesca, ante la cual, el honrado fundador de la República se cubriría el rostro de verguenza, arrepintiéndose de haberla fundado. Gozó el resultado útil de su obra, sin que lo amargara la quiebra sobrevenida después; vió la democracia señoreada de las leyes y del poder; vió redimidos á los esclavos, y descabezado el tergémino monstruo que formaban el negrero, el mercader y el gobernador, oprobio del nombre español; vió humillado el viejo sistema mercantil, y el tratado de comercio alzándose sobre la aduana prohibitiva, que él había encontrado hecha fortaleza roquera y dejó convertida en palacio de adobe revocado: no vió á la historia irritada, vengándolo en inocentes de la nota de filibustero; no le ofendieron la vista ni le torturaron el alma los cuadros de Cavite y Santiago de Cuba; no le revolvió el estómago la razón de Estado, volando infernalmente el *Mai-*

ne con su infortunada marinería en la bahía de la Habana y resucitando en París la vieja contienda romano-cartaginesa en derredor de un vocablo para robar al caído un archipiélago; no vió el alma de la nación, transportada de dolor, volar de las ruinas á la región serena del pasado, donde reposan las almas gloriosas de Grecia, de Roma, de Caldea y Egipto, dejando tras de sí luto, vergüenza, desesperación y tedio de la vida; no vió sobre el peñón maldito al histórico buitre, asomado á todas las decadencias, atento á todo estertor de agonía, anunciar al huérfano español su propósito de henchir el vientre con los últimos despojos de su herencia.

Había formado parte sin desventaja,—y ya esto por sí sólo constituye un timbre para su memoria,—de aquella pléyade brillante que resume la historia de las transformaciones políticas y sociales de España en el último tercio del siglo, y que ha visto aceptadas sus conclusiones por los mismos que más obstinadamente las habían combatido. Tres fueron principalmente los empeños á que consagró su actividad como hombre público, y por los cuales hubo algo de compañerismo espiritual entre él y su humilde sucesor en este puesto: la abolición de la esclavitud, la libertad de comercio y la reforma colonial. Todavía me tocó á mí tomar parte, en clase de relleno, en los últimos meetings abolicionistas, término de aquella campaña sagrada y santa que él había inaugurado en la Sociedad Abolicionista Española con Vizcarrondo, con Asquerino, con Olózaga, con Orense, con Gabriel Rodríguez, con Fernando de Castro, con Echegaray, con Orgaz, con Labra, con Beraza, con Castelar, y en la cual relampagueara tantas veces su palabra de apóstol, haciendo vibrar corazones que de otro modo no habrían despertado nunca á sentimientos de misericordia y de justicia; todavía me tocó tomar parte en los últimos meetings librecambistas, continuación de los que él había iniciado y mantenido con tanto esplendor, en la Sociedad Libre de Economía Política de Madrid y en la

Asociación Española para la reforma de los Aranceles de Aduanas, con Pastor, con Carballo, con Bona, con Figuerola, con Moret, con Rodríguez, con Azcárate, con Ruiz Gómez, con Trompeta, con Pedregal; todavía me tocó tomar parte en los meetings y asambleas de política colonial, en aquel nuevo giro que ésta tomó impensadamente en 1883, con el Congreso Geográfico y la Sociedad de Geografía colonial y mercantil, obra de Torres Campos, de Ferreiro, de Coello, de Saavedra, de Quiroga, de Carvajal, de Fernández Duro, de Cervera, de F. Rubio, de Ossorio, de Arroquia, de Abella, de Reparaz, de Alvarez, de Beltrán Rózpide, de Serrano Gómez, que sumaban al empeño anterior de conservar las Antillas y las Filipinas por la libertad y la justicia, el de proliferarlas, ó dicho de otro modo, de procurarles sustitución para el caso de que un día hubieran de perderse, sometiendo á nuestra bandera un imperio de grandes proporciones en el continente africano, donde España pudiera ejercer su acción civilizadora en lo presente y preparar un asiento á los futuros desenvolvimientos de la raza. Pues con todo y con eso, ni una sola vez nos encontramos en el mundo: postrado á su dolencia, se había recluído en su habitación como en sepultura anticipada, y allí fué á sorprenderle la muerte cuando se preparaba, ya mejorado, á intentar una nueva salida con ánimo de proponer soluciones en la eterna contienda entre *la fuerza y el derecho*. ¡Quién me dijera entonces que había de empalmar mi vida con su vida en esta casa, coheredero más bien que sucesor en una herencia tan cortada á la medida de sus merecimientos y de sus aptitudes, y tan fuera de proporción con lo que pude haceros esperar, candidato á crédito, para justificar esta solemnidad!

Como economista, que es la nota dominante del grupo á que perteneció Sanromá, distinguióse por la constancia de sus opiniones y la lealtad guardada á los principios liberales con que había sido marcado casi desde la cuna. Más ó menos, casi todos sus compañeros, y de igual modo sus dis-

cípulos, han evolucionado, sintiendo entibiarse su fe en los dogmas de la economía ortodoxa: Sanromá no ha transigido; ni siquiera ha sentido desmayos. Ha mantenido enhiesta hasta el último instante la bandera de la libertad individual. Cuando en 1876 escribía su *Política del taller*, había principiado á ingerirse en los programas políticos europeos una manera de socialismo, que él denominaba «conciliador,» el cual, dejando á salvo las libertades industriales, se contentaba con que el Estado interviniera en cierta clase de relaciones entre el capital y el trabajo: ley de jurados mixtos entre fabricantes y operarios; ley relativa al trabajo de los niños y de las mujeres; ley limitando las horas de taller para los adultos. Pues ese socialismo, que hoy parece ya inofensivo, paradisiaco y anticuado en presencia de la política social de Alemania y de Inglaterra, teníalo Sanromá por más peligroso que aquel otro tremendo y petrolero que empezó con los talleres de 1848 para venir á parar á las teas de la Internacional, porque al menos (decía él), éste es franco en el ataque y permite combatirlo de frente, al paso que aquel otro manso, disimulado y de medias tintas, hace su camino, que es la guerra al capital, sin darlo á entender ni alarmar á nadie, se insinúa con suma facilidad en todas las banderas políticas, y tal hay (añadía) que, creyéndose muy conservador, hace socialismo del más fino en llegando á ser gobierno, dándose aires de protector de las masas y haciendo alarde del principio de autoridad. «Creen algunos que sin entrar en transacciones con el socialismo no se puede hacer política industrial; y este es un error muy grave, que me propongo desvanecer.» (1)

Pero el individualismo puro no existe, como no existe el puro socialismo, en las realidades de la economía. Y no existen puros el individualismo y el socialismo en Derecho ni en

---

(1) *Política del taller*, § I, pág. 1-3.

Economía, como no existen el absolutismo y la democracia, ni la centralización y el selfgovernment, puros, en la política; como no existen puros el escepticismo y el dogmatismo, ni el idealismo y el positivismo en filosofía; como no existen el puro altruismo ni el puro egoísmo en la conducta moral. Son entes de razón, especie de temas algébricos que el hombre abstrae del seno viviente de la realidad para uso de la ciencia, cuyos análisis no serían posibles sin eso; ó bien maneras convenidas de hablar y de entendernos en la convivencia social, etiquetas ó insignias para distinguirnos los unos de los otros en el combate por determinada reforma parcial. La vida real, y ni siquiera el arte, no ha visto jamás esas especies puras. Con todo su genio, Miguel de Cervantes fracasó en el empeño de vestirlas de carne y darles un alma y una voz: lo mismo Sancho que Don Quijote son creaciones eminentemente compuestas, aunque sin llegar al grado de equilibrio del bachiller Carrasco. Esas especies se dan siempre en combinación, no diferenciándose los sistemas, y del mismo modo los hechos, sino por la distinta proporción en que entran en cada uno aquellos dos factores, constituyendo entre todos una á modo de cadena ó de escala graduada, en la cual se ostentan más próximos á la pura idea acrática é individualista unos, más próximos otros á la pura idea socialista, equilibrados en el centro, y no formando nunca especies fijas é irreductibles, con caracteres propios, definidos é inmutables, separadas por otros tantos abismos infranqueables, tales como las llamadas capitalismo manchesteriano, cooperatismo, socialismo de cátedra y política social, colectivismo agrario, colectivismo manufacturero, colectivismo integral, comunismo, etc., cada una de cuyas denominaciones es sabido que expresa ó encierra un número infinito de planes ó sistemas abiertos, formulados ya ó posibles, transición los unos á los otros, contingentes todos y de igual dignidad y categoría.

Esto se vió en Sanromá. Existía un primer eslabón, ó me-

jor dicho, un primer hilo, que enlazaba su vieja ortodoxia con la heterodoxia naciente, y en él vino á quedar enredado y á contraer pecaminosas solidaridades con el colectivismo, no obstante las elocuentes protestas con que pone remate á su *Política del taller*. Lo mismo en 1876 que en 1867, hallaba *recomendable*, *provechoso* y *trascendental* el método cooperativo del trabajo y ponderaba «la necesidad de que las sociedades cooperativas se extiendan donde existen ya ó se creen donde no han aparecido todavía.» No creía él que constituyera «una forma nueva de organización industrial,» ni «un remedio radical é infalible para los males del proletariado,» ni «la negación, sino la confirmación de las leyes naturales que rigen el trabajo:» afirmaba que la cooperación «se funda en el capitalismo,» y que «la escuela economista liberal, lejos de considerarse vencida por el sistema cooperativo, puede vanagloriarse de haberlo creado con su constante doctrina de la asociación libre y voluntaria, y que ella es la que le da todavía la mejor pauta para su administración, para su fomento y su prosperidad.» (1)

Pudo haber advertido, sin embargo, que el régimen de la cooperación no nació, ó no tomó proporciones de sistema, hasta tanto que la economía liberal se vió fecundada por un desbordamiento de programas y organizaciones socialistas, y que no carecía de exactitud aquella frase, tan repetida después, de nuestro preclaro colega y maestro mío Sr. Azcárate, según la cual «la cooperacion reconoce por padre al socialismo y por madre á la economía,» entendiendo por tal la individualista, la clásica de Smith, Carey y Bastiat. Ni pararon ahí las cosas; que han venido después pensadores como Malón, y el mismo Schaeffle en su primera época, para quienes la cooperación es una preparacion al colectivismo, ó como Giner de los Ríos, que lo considera como el colectivis-

(1) *Revista Europea*, Madrid, tomo VII, 1876, pág. 493;—cf. *Revista Hispano-americana*, 28 Febrero 1867, Madrid, pág. 122.

mo mismo, siquiera voluntario, no impuesto por la acción coactiva del Estado. Por manera que al penetrar Sanromá en «ese nuevo mundo descubierto por Inglaterra», según él le llamaba, sin que hubiera pensado en pasarse al enemigo, pisaba al menos el puente que conduce á su campo; introducía en el credo de Manchester algo que no era precisamente individualismo y en que comulgaban con él los heterodoxos.

Esta contradicción entre lo que cada uno es en la realidad y lo que se figura ser en el pensamiento, es más frecuente de lo que pudiera creerse; y no cesará mientras descansemos tanto como al presente sobre la almohada de los nombres y el espíritu humano no se prevenga contra el prejuicio de las especies naturales fijas, que puebla nuestro mundo de abstracciones, tomadas por nosotros como realidades á virtud de un proceso de mythificación que Müller ha descubierto y explanado en sus «Nuevas lecciones sobre la Ciencia del lenguaje.»

Para su ingreso en la Academia, habíase propuesto Sanromá disertar en honor de su antecesor sobre el tema *El Derecho y la Fuerza,* estudio de fisiología social, en el cual iba á hacer desfilar, mirándolos desde el punto de vista de la antinomia y lucha de aquellos dos conceptos en la historia, la esclavitud, las guerras, las conquistas, los dogmatismos religiosos, las intolerancias, los proteccionismos, los absolutismos, las dictaduras, el militarismo, el terrorismo y el anarquismo. Algunos fragmentos que dejó concluídos versan sobre las tiranías políticas y las tiranías económicas, la esclavitud y la guerra (1).

(1) *Velada celebrada en honor de D. Joaquín María Sanromá* la noche del 25 de Abril de 1895 [en el Ateneo de Madrid].—Madrid, 1895.—Págs. 11 y sigs., 63 y sigs.

El elogio de su antecesor, Excmo. Sr. D. Manuel Colmeiro, que Sanromá no tuvo ocasión de hacer, lo ha escrito muy concienzudamente el Ilmo. Sr. D. Melchor Salvá, y ha sido leído ante la Academia en sesiones de Diciembre de 1898 y Marzo y Junio de 1899.

Sobre una de las manifestaciones de esa lucha, que constituye la más fundamental de las cuestiones sociales planteadas en nuestros días, no desde el punto de vista de la Economía, sino desde el campo del Derecho civil, me propongo yo disertar en memoria suya: *la cuestión de la ignorancia del derecho como culpa, y su relación con el status individual, con el referendum y con la costumbre.*

I

IGNORANCIA DE LAS LEYES

Es sabido que uno de los más firmes sostenes de las sociedades civilizadas viene siendo, desde hace más de dos mil años, una presunción juris et de jure que constituye un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia: esa base, ese cimiento de las sociedades humanas es el que se encierra en estos dos conocidos aforismos, heredados de los antiguos romanistas: 1.° A nadie le es permitido ignorar las leyes *(nemini licet ignorare jus):* 2.° En su consecuencia, se presume que todo el mundo las conoce, por lo cual, aunque resulte que uno las ignoraba, le obligan lo mismo que si las hubiese conocido *(nemo jus ignorare censetur; ignorantia legis neminen excusat)*. Esta presunción se mantiene á sabiendas de que es contraria á la realidad de las cosas; á sabiendas de que es una ficción, á sabiendas de que es una falsedad, á sabiendas: *Primero*, de que nadie conoce todo el derecho, de que sólo una insignificante minoría de hombres sabe una parte, y no grande, de las leyes vigentes en un momento dado; *Segundo*, de que es imposible que la mayoría, y aun esa minoría misma, las conozca todas; y *Tercero*, de que la presunción conforme á la verdad de los hechos, conforme por tanto á la razón, á la justicia y á la lógica sería cabalmente la inversa, que nadie conoce las leyes como no se pruebe lo contrario. No faltan escritores que reconocen lo falso y convencional de aquella presunción, desmentida á cada paso por la realidad; pero piensan, como Ambrosoli, como nuestro Vicente y Caravantes, que una tal ficción es

absolutamente necesaria para la conservación del orden social. Por manera que el orden social, en las naciones modernas, no puede asentarse sobre la verdad; necesita de una abstracción, necesita de un artificio gigante, monstruoso, que condena á los hombres á caminar á ciegas por el mundo; que los condena á regir su vida por criterios que les son y que fatalmente han de serles ignorados.

Ya por lo pronto, el legislador promulga las leyes en una forma convencional ignorada de la multitud, y con la cual es imposible que lleguen á conocimiento de los obligados por ellas. Entre las circunstancias de la ley contaban los antiguos doctores la de que había de promulgarse *por escrito,* fundándose en la definición de ella dada por Aristóteles, Cicerón, San Isidoro, Santo Tomás y otras autoridades, llegando algunos, nuestro Torquemada por ejemplo, á considerar la escritura como de la esencia misma de la ley (1); y es maravilla no se les ocurriese que la promulgación por escrito

---

(1) Véanse las citas en Francisco Suárez, *Tractatus de legibus*, lib. I, capítulo 11, § 7.—En ese criterio parece inspirado el Código civil español, al declarar que las leyes obligan á los veinte días de su promulgación, como no se disponga cosa distinta en ellas, y que «se entiende hecha la promulgación el día en que termina la inserción de la ley en la *Gaceta*» (artículo 1.°). — Disiente Suárez de Torquemada y demás aludidos jurisconsultos, diciendo que si bien la escritura acompaña ordinariamente á la ley, esto no significa que la sea esencial; que puede hacerse igualmente la promulgación de palabra, por el pregonero, y arraigar en la memoria de los ciudadanos y conservarse por la tradición, sin que se confunda por eso con la costumbre.

El insigne autor del *Tractatus* pudo haber añadido que esa era, en rigor, la forma de promulgación en su tiempo y desde mucho antes. Los cuadernos de las Cortes de 1476 y 1480 lo ordenan así en los siguientes términos: «E desto mandamos dar este nuestro quaderno de leyes é ordenanzas, firmado de nuestros nombres é sellado con nuestro sello; é mandamos á los del nuestro Consejo que den é libren de las dichas leyes é ordenanzas é de cada una dellas nuestras cartas é quadernos para las cibdades é villas é logares de nuestros Reynos donde viere que cumple, *é que lo manden é fagan pregonar públicamente* en la nuestra corte...»—En las de 1405 se puntualiza más: «Que las fagan apregonar públicamente por las plazas é mercados é otros lugares acostumbrados». En las de 1523 y posteriores se expresa la razón: «*porque venga á noticia de todos é ninguno dello pueda pretender ignorancia.*»

donde la mayoría no sabe leer, es tan incongruente como lo sería «pregonar las leyes en un pueblo de sordos, ó fijar en las esquinas los bandos á que debiera atemperar su conducta una nación de ciegos» (1).

Una de las cuestiones que planteaban los tratadistas en centurias pasadas era la clase de lengua en que deben ser redactadas las leyes: si en latín, como lo estaban el derecho civil (romano) y los glosadores, ó en el habla viva, entendida y hablada de la muchedumbre. El buen sentido del licenciado Castillo de Bovadilla le decidió, contra otros, por la lengua romance, fundado en que, «siendo el fin del derecho civil dar orden á los hombres para vivir y no dañar á otros, ¿cómo podrán alcanzarle no entendiendo lo que las leyes les mandan y lo que les prohiben?» (2). Pero el problema era y es mucho más hondo que todo eso: pueblos que hablan castellano, como Aragón, tienen leyes redactadas en latín y leyes redactadas en castellano; pueblos que no hablan más que catalán, tienen leyes escritas en catalán, leyes escritas en castellano y leyes escritas en latín; pero, para el caso, viene á ser igual, resultando la cuestión de idioma casi del todo indiferente: el pueblo ignora y tiene que ignorar las leyes castellanas ó las catalanas lo mismo que las latinas, fuera de aquello que vive en las prácticas de las familias, de las loca-

---

(1) Alfredo Calderón, *Efectos jurídicos de la ignorancia*, en el «Boletín de la Institución Libre de Enseñanza», tomo IV, 1880, pág. 187.

El mismo eminente publicista refiere á tal propósito el hecho siguiente, realmente acaecido: «Recibió un sujeto una herencia, sin acogerse al beneficio de inventario: acudieron los acreedores, y practicada la liquidación, resultó en definitiva alcanzado el heredero en una cuantiosa suma. Mal avenido con esto y deseando salir de la dificultad, consultó á un letrado. — «Pero ¿cómo no aceptó V. la herencia, le dijo éste, á beneficio de inventario?» — «Porque no sabía que existiera semejante cosa», replicó la víctima.—Pues debía V. haberlo sabido, porque todo ciudadano tiene obligación legal de conocer las leyes.»—«Pues mire V., tampoco eso lo sabía.» ¿Qué contestación más elocuente (añade el autor) puede dar el sentido común á todas las ficciones de la ley y á todas las abstracciones y sofismas de la escuela?

(2) *Política para Corregidores*, etc., proemio, §.15; Amberes, 1750, pág. 3.

lidades ó de las regiones. En eso estriba verdaderamente la cuestión: en que aun redactadas las leyes en la lengua nativa del pueblo, el pueblo no puede aprenderlas, y ni siquiera leerlas, y ni aun enterarse de su existencia, cuanto menos dominarlas, concordarlas y retenerlas en la memoria: añádase que aun cuando tuviera noticia de su existencia y tiempo y gusto para leerlas, no las entendería, porque su léxico es seis ú ocho veces más rico que el del «sermo plebeius,» formando por esto solo — aun omitidas otras circunstancias, tales como la del tecnicismo, — como una habla diferente. En suma de todo: que para la gran masa de los castellanos, asturianos, extremeños, aragoneses, murcianos ó andaluces, lo mismo que para la gran masa de la región catalana y levantina ó del país vasco y gallego, escribir las leyes en castellano vale tanto como escribirlas en griego, en chino ó en latín. Hace más de dieciocho siglos que los hombres vienen lanzando su anatema sobre aquel execrable emperador romano que, habiendo exigido obediencia á ciertos decretos fiscales promulgados «en secreto,» como se quejaran y protestaran de ello los ciudadanos, burló indirectamente el requisito de la publicidad, haciendo gravar lo decretado en caracteres muy diminutos y fijarlo á gran altura sobre el suelo para que no pudieran enterarse y fuesen muchos por tanto los transgresores y muchas las multas que imponer; y somos tan ciegos, que todavía no hemos caído en la cuenta de que Calígula no es simplemente una individualidad desequilibrada que pasa por el escenario del mundo en una hora; que es toda una humanidad, que son sesenta generaciones de legistas renovando y multiplicando sus tablas de preceptos, hasta formar pirámides egipcias de cuya existencia no han de llegar á enterarse, cuanto menos de su texto, los pueblos á quienes van dirigidas por el Poder. ¡Con cuánta verdad nuestro Juan Luis Vives veía en ellas, más que normas de justicia para vivir según ley de razón, emboscadas y lazos armados á la ignorancia del pueblo!

Uno de los civilistas más geniales que ha producido España en este siglo encuentra que es una injusticia el que las instituciones de derecho se den al público, en el Código, articuladas en forma de reglas ó preceptos, sin determinársele al propio tiempo el concepto que de cada una de ellas tiene el legislador, sin que se defina su naturaleza, el espíritu que las anima, las funciones que están llamadas á desempeñar; porque faltando en el Código este criterio de juicio para la adaptación de la regla á la diversidad de casos que ofrece la vida, necesitan los particulares, al acomodar su conducta al derecho positivo, y los tribunales al juzgar del acierto ó del error con que aquellos hayan procedido, echar mano de un elemento extraño al Código, cual es la ciencia del derecho, y entonces nos resulta una desigualdad, porque la ciencia del derecho la posee, debe poseerla para desempeñar su misión, el juzgador, mientras que el particular es extraño á ella. Para el Sr. Comas, la conservación del orden social impone el supuesto de que todos los ciudadanos conocen á la perfección las leyes; exige que al frente de los Códigos se estampe el principio de que á nadie aprovecha la ignorancia de las leyes ó de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento; pero ya no sería igualmente justo que el Estado declarase obligatorio, además del conocimiento de las leyes, el conocimiento de la ciencia del derecho, y por esto en ningún pueblo se ha declarado ni impuesto tal obligación. Resulta de aquí (dice) una desigualdad, un desequilibrio, que engendra á las veces un verdadero antagonismo entre la inteligencia que el particular dió á la regla al aplicarla en su vida privada y la que le da el tribunal, siendo la consecuencia que la vida del derecho se realice de un modo anormal é irregular. Consiste el remedio, á juicio suyo, en que el legislador coloque á ambos en igualdad de condiciones, dándoles un criterio idéntico: ¿de qué modo? imprimiendo á la ley una estructura científica, distinta del agrupamiento arbitrario é inorgánico que al presente ofre-

cen los Códigos; desenvolviendo cada institución en un orden lógico y sistemático, que revele el criterio del legislador respecto de la naturaleza, concepto y funciones de ella y revista de una forma tangible y corpórea el espíritu que presidió á cada una de las reglas jurídicas y que anima su letra (1).

Como se ve, el sabio profesor iba derecho al bulto, pero se detuvo á la mitad del camino:—lo uno, porque todo cuanto dice sobre la injusticia que envuelve esa desigualdad en que se ven colocados los juzgadores y los particulares por el hecho de que los primeros posean la ciencia del derecho (ó de otro modo, el criterio para entender las leyes) y los segundos no, es aplicable con muchísima más razón al contenido mismo de tales leyes, ó más claro, á la desigualdad nacida de que los primeros las conozcan y no las conozcan los segundos;—y luego, porque si se considera racional y tolerable la ficción en lo principal, no se ve por qué deba escrupulearse en lo accesorio; por qué, si se admite la injusticia respecto de lo más (que todos conocen las leyes), no ha de admitirse respecto de lo menos (que todos las saben entender y aplicar). Esta segunda ficción es tan minúscula en comparación de aquélla, que apenas si añade á la dificultad.

Para mí, no vale tragar el camello y colar el mosquito. Antes de ventilar la forma en que debe servirse la ley al pueblo, hay que decidir si es justo y si es forzoso servírsela en alguna forma. No es lícito al científico resolver un problema de tanto bulto por el cómodo sistema de suprimirlo; no le es permitido pasar por alto sobre esa inmensa iniquidad, que no exige del juez, que no exige del empleado otra cosa sino, cuando más, estudiar derecho, pero que al particular,

(1) *La revisión del Código civil español*, por Augusto Comas, t. I, Madrid, 1895, págs. 108 y siguientes.—Jeremías Bentham quería que las leyes fuesen acompañadas de un comentario razonado, para que se entiendan mejor, se conserven más fácilmente en la memoria y se interese en ellas el amor de la multitud.

al hombre del pueblo lo condena á trabajar en la agricultura, en la pesca, en la minería, en las construcciones, en las manufacturas, en la navegacion, para que sustente y vista y regale al empleado y al juez, y además á estudiar y saber tanto derecho como ellos. Si pudo esto admitirse cuando el derecho oficial cabía en una docena de Tablas, en manera alguna cuando vino á formar un Código voluminoso, haciéndose materia de una profesión: el mismo derecho romano admitió excepciones al *nemini jus ignorare licet* (1), y siguiéndole el código castellano de las Partidas, declaró exentos de la obligación de conocer las leyes, en ciertas circunstancias, á los militares que andan en guerra, á los aldeanos que labran la tierra ó moran en lugares fuera de poblado, á los pastores que corren con los ganados por yermos y por montes, y en general, á las mujeres que habitan en esas clases de lugares; dando por razón, en sustancia, que no sería bien obligarles á que estudiasen leyes abandonando oficios tan necesarios y tan meritorios (2). Debió evolucionarse en el sentido de esta tendencia, que cuando menos tenía sentido

---

(1) Vid. en Savigny, *Tratado de Derecho romano*, apéndice VIII, § § 30-34 (trad. fr. de Guenoux, tomo III, París, 1845, págs. 412 y sigs.), personas *quibus jus ignorare permissum est.*

(2) Respecto del caballero que anda en la guerra dispone que no le perjudique la ignorancia de las leyes, «ca bien et derecho et razon es que aquel que su cuerpo aventura en peligro de prision ó de muerte, que non le den *otro embargo, porque aquello se destorbe, nin él que se non meta á estudiar nin aprender leyes, porque el fecho de las armas dexe*». Y aplicando el mismo razonamiento á otras clases sociales, dice: «*Eso mesmo decimos de los aldeanos* que labran la tierra et moran en los logares do non hay poblado; *et de los pastores* que andan con los ganados en los montes ó en los yermos, *et de las mugeres* que morasen en tales lugares como estos.» (Part. I, tít. 2, ley 21.) En cuyo punto Gregorio López hace esta observación: «Adverte quia lex ista Partitarum, aequa re videtur in hoc rusticos militibus ut excuset eos ignorantia juris, cum dicit *Eso mesmo decimos de los aldeanos,* et sic videtur reprobari differentia quam inter milites et rusticos facit Glossa in dicto § notandum.» (*Las Siete Partidas*, etc., Salamanca, 1555, vol. I, fol. 10 v.°).—Hay que tener en cuenta que la ley citada de *Partidas* excluye de la excepción las consecuencias penales de los actos que «todo hombre debe entender por razón natural que son malos».

común; y lejos de eso, se ha retrocedido, resultando lo que ya nuestro Sancho de Moncada, en el siglo XVII, notó al enumerar entre los daños que se originaban de tan gran muchedumbre de leyes, «que oprimen al Reino,» y lo que observan en nuestro tiempo Salvioli, Menger y Treves, que la muchedumbre de leyes induce opresión principalmente de las clases pobres, primero, porque no pueden cultivarse, y segundo, porque no pueden contar con el auxilio profesional de los abogados, careciendo de recursos para retribuirlos (1), y menos con el del juzgador, porque éste, en el absurdo sistema de enjuiciar vigente, ha de permanecer pasivo, sin que le esté autorizada ninguna iniciativa (2); de que resulta una gran desigualdad, y consiguientemente una gran injusticia. Esta conclusión que nos mandan ahora de Europa, habíala enseñado en Europa hace cerca de cuatro siglos un español, Vives, en el más famoso de sus libros, el titulado *de Causis corruptarum artium*, que puede decirse crítico en la historia de la Filosofía. «¿Donde está la justicia del principio *ignorantia juris neminem excusat* (se preguntaba), siendo tantas las leyes y tan abultadas y dificultosas, que nadie podria

(1) De los pobres dice Menger que «en su conducta se guían casi exclusivamente por un oscuro y muy ilusorio instinto de la justicia, corriendo de hecho toda su vida jurídica á merced del acaso», por no conocer sino poquísimo del derecho positivo y no hallarse al alcance de su miseria el remedio de acudir á los que lo conocen y profesan.» *(El derecho civil y los pobres*, versión española de Posada; Madrid, 1898, cap. I, §§ 8 y 12). La afirmación es cierta, y puede hacerse extensiva á la casi totalidad del país, sin excluir á los pudientes, ni á los intelectuales; sin excluir á los licenciados mismos, como no sea que hayan hecho profesión especial de la Facultad.

Concretándonos á los indigentes, la llamada defensa por pobre es otra ficción, con la cual no hay que hacer cuenta, estando reducido todo su resultado á disfrazar y ocultar el problema. Es la teoría de las cantidades imaginarias aplicada á la vida del derecho; el equilibrio de un peso real por una sombra para engañar al sentido de la vista, evitándole el escandaloso espectáculo de que una de las partes litigantes tenga perito defensor que haga valer su razón, y la otra no.

(2) Salvo el caso de las «providencias para mejor proveer», que responden á este concepto y constituyen en la ley de Enjuiciamiento civil vigente (artículo 340) un verdadero ripio, en abierta contradicción con toda ella.



saberlas todas? Con ellas no trazáis una pauta benigna y paternal para conducirse en la vida, sino que tramáis emboscadas *(insidias struitis)* á la ignorancia y sencillez del pueblo *(simplicitati populari)*.» (1).

El autor del libro *Restauración política de España*, Sancho de Moncada, llamaba en su auxilio á la estadística comparada para poner el aforismo latino en evidencia. Entre los hebreos (dice) sólo se contaban 365 leyes, encerradas en pocas hojas, y sin embargo, el apóstol San Pedro las tuvo por intolerables: ¿cómo no han de serlo (añade) aquí donde pasan de 5000, ocupando muchos tomos, para comprar y leer los cuales faltan á los más el tiempo y el dinero? No hay nadie en el Reino que las sepa; ¿y cómo las sabrá el labrador, cómo el ignorante? (2). Esto en el siglo XVII: ¿qué diría,

---

(1) Jam vero quando lex est velut regula ad quam unusquisque actiones omnes suas debet accomodare, par est ut leges sint apertae, ac faciles, et paucae, ut sciat quisque quomodo sibi sit vivendum, nec id propter obscuritatem legum ignoret, nec propter illarum multitudinem ei excidat... Jam, paucas convenit leges esse, nam si multae sunt, evitari non magis potest crimen, quam casus si multis locis tendantur retia ambulantibus; insidiae sunt tot leges, non conditio vivendi; quum non bene essent populi instituti, nec sua sponte vellent bene agere; sed metus legum exprimeret quod non valebat probitas... ¿Quae est ergo aequitas *ignorantia juris neminem excusari* et tamen leges esse et tam longas, et tam difficiles, ut nemo eas tenere omnes valeat?— Vos ergo scribendis legibus non mitem quandam ostenditis, et benignam degendae vitae rationem, sed insidias struitis simplicitati populari... (lib. VII, capítulo 2, «*ostenditur oportere leges paucas esse ac faciles, auctas tamen et obscuratas fuisse per interpretes ipsos ac Principes*»; — apud *Opera omnia*, edición de Mayans, t. VI, Valencia, 1785, pág. 230).

(2) Apud Sempere y Guarinos, *Biblioteca española económico-política*, t. II, pág. CCLIX.

Al emprender Justiniano y Triboniano su magna obra codificadora, eran tantas las constituciones de los emperadores y tantos los principios legales contenidos en las obras de los jurisconsultos que habían gozado el *jus respondendi*, que «en los pleitos citábanse muy pocas leyes, porque si bien existían, eran ignoradas, siendo difícil la adquisicion de tantos libros, por lo cual, mas bien se resolvían aquéllos por el arbitrio judicial que por la autoridad de las leyes *(Codex*, de veteri jure enucl., ley 2). Sólo para formar las Pandectas ó Digesto hubo que examinar 2.000 volúmenes de jurisconsultos, que hacían al todo 3 millones de renglones. El propósito del emperador fué que «en lo sucesivo pudiese cualquie-

señores académicos, en nuestro tiempo, en que las leyes abultan por lo menos cinco veces lo que abultaban entonces, y en que el tiempo para estudiarlas es menor, porque la vida moderna lleva consigo distracciones perentorias é ineludibles en número infinitamente mayor que la vida tranquila y reposada de aquella edad, sin estas cosas «odiosas» que se llaman el correo diario, el telégrafo, el teléfono, el periódico, la revista, el ferrocarril, el tranvía, el balneario, la Exposición, el Ateneo, el partido, el Parlamento, la crisis, el meeting, la catarata de los discursos desatada por todas partes, el griterío ensordecedor de la prensa, la rotativa vomitando libros al minuto, el «go ahead» de la fábrica y de la Bolsa, que mantienen el sistema nervioso en vibración constante, fuera de sí, lindero al manicomio é imposibilitado para atender seriamente á cosa alguna? ¿Qué diría cuando viese—1.° que la gran mayoría, que la casi totalidad de la nación continúa en el mismo estado de miseria y de atraso intelectual que en su tiempo; 2.° que el onus camelorum de las leyes ha crecido en proporciones formidables y pesa sobre el país con toda la gravedad de una montaña; y 3.° que lejos de haberse buscado un contrapeso ó una compensación, se ha hecho desaparecer aquella piadosa excepción de Partidas introducida en favor de ciertas categorías de personas, hombres de armas, rústicos, pastores y mujeres? (1).

---

ra conocer las leyes fácilmente, así en extracto como en su texto íntegro, teniendo facilidad lo mismo el pobre que el rico para adquirir por poco dinero una obra de tanta sabiduría, sin tener que sacrificar sumas crecidas en la compra de muchos volúmenes.» Pero ha de costar trabajo comprender en qué variaba la situación, para la gran masa de la sociedad bizantina, por que los 3.000.000 de renglones de los jurisconsultos hubiesen quedado reducidos á 150.000; cómo podrían las clases inferiores informarse del derecho vigente, aun cuando este hubiese quedado encerrado, que no era así, en solo dos cuerpos legales, el Digesto y el Codex repetitae praelectionis, comprendiendo, como comprendía, el primero sobre 9.000 fragmentos de respuestas, declaradas leyes por el emperador, y más de 4.600 constituciones imperiales el segundo.

(1) Es increible la ninguna reflexión con que ha solido discutirse, ó más

Hagámonos cargo de la situación, que bien vale la pena. Como toda otra nación, y por desgracia mucho más que algunas, España se compone de una minoría muy exigua que va casi con el siglo, y de una mayoría inmensa que, por su atraso intelectual, por su apartamiento respecto de toda moderna institución, y por su condición económica, inferior amenudo á la de la gleba feudal, sigue viviendo en centurias pretéritas, cual en la décima octava, cual en los siglos medioevales, cual en la edad de hierro. Pues bien, nosotros hemos uniformado el derecho para todos, y en vez de adoptar el tipo inferior,—que parecía lo lógico, primero, por ser el propio de la mayoría, y después, porque quien puede saber lo más puede saber lo menos, pero no viceversa,—se ha adoptado el tipo superior, imponiendo á todos uniformemente y sin excepción el conocimiento perfecto del derecho positivo, al labriego lo mismo que al presidente del Tribunal Supremo, á la mujer del pastor lo mismo que al catedrático de derecho; no sin reconocer que con esto se comete una

---

bien eliminarse, cuestión tan fundamental y de tan inmensa trascendencia. Léase como ejemplo á Benito Gutiérrez (*Códigos, ó Estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, t. I, tít. preliminar, sección V, § 9; Madrid, 5.ª edición, pág. 110-111): «Las excepciones de la ley de Partida pudieron tener lugar en el tiempo no del todo ilustrado en que se escribían; pero sería ofender á nuestros militares, á nuestros labradores, á nuestras mujeres, suponer limitada su inteligencia todo lo que es preciso rebajarla para fundar sobre la ignorancia un privilegio.» Trata de justificar la opinión de que en su tiempo no procedía ya excepción á favor de ninguna clase. «Los jornaleros, que ni saben leer, las clases menesterosas, aun las personas mejor acomodadas, no tienen más medios que los labradores y los militares para conocer el derecho: la ley, á pesar de todo, no les excusa, porque el conocimiento requerido por la ley y suficiente para cumplirla, es el que puede tener un hombre medianamente ilustrado, por sí ó aunque sea con el auxilio ajeno. Claro es que empleando una clasificación numerosa, sería más fácil llegar á la exactitud; pero ¿se conservaría á tanta costa la generalidad de la ley? El uno por enfermo, el otro por ausente, el otro por inexperto; el uno por muy joven, el otro por muy decrépito, ¿quién sería el que no hallase un pretexto para disculpar sus faltas? No; la ley que ha cerrado la puerta á tales excusas, ha vuelto dignamente por sus fueros: la ignorancia es en estos casos vencible: no saber es no querer...»

gran injusticia, pero añadiendo que tal injusticia viene impuesta por una fatalidad incontrastable, que la reclama la dignidad del legislador y la conservación del orden social! Podríamos representarnos la nación como un compuesto de dos distintas sociedades: una, que es ya casi Europa, otra que vive aún en estado de tribu: aquélla, la España chica, formada de los grandes, la que se ve, la que mete el ruido, la de los órganos, la que ha ocupado y ocupa á los historiadores y á los periodistas; la otra, la España grande, formada de los pequeños, la silenciosa y que no se ve; semejante á los mapas mudos de las escuelas, la que no conoce la ley sino al modo de Israel á su Dios, sólo por la espalda, quiero decir por su lado negativo, por lo que le estorba, por los obstáculos que le opone, por las aflicciones, el dinero y la sangre que le cuesta. Podría compararse, en tal respecto, á la sociedad filipina de hace un par de años, compuesta de 20.000 ó 30.000 castilas y de 6 ó 7 millones de tagalos, visayos, igorrotes. Los legistas, que son hoy por hoy nuestros castilas, hacen la legislación tomándose á sí propios como tipo, cortándola á su medida, no á la medida de aquellos sus compatricios quasi-neolíticos; siendo la consecuencia que la inmensa mayoría del país vive fuera de la ley positiva, lo mismo que si tal ley no existiera, peor que el extranjero culto y acaudalado, el cual, además de gozar la protección de los cónsules y legados de su nación, puede valerse de letrados; peor que el indígena del Dahomey ó de la Tartaria, á quien no se impone otro ni más derecho que el introducido por él mismo y sus iguales en desarrollo cerebral, en cultura y en género de ocupación, y con quienes vive en intimidad; y qué digo? peor aún que la misma España del antiguo régimen, en la cual no carecía de alguna expresión, siquiera rudimentaria, esa dualidad de sociedades, por ejemplo, en los llamados «privilegios de los pobres,» de los cuales Cerdán de Tallada enumeró hasta 85, incluyendo en ellos el de aquella ley de Partidas que eximía á ciertas clases de personas de la

obligación de saber el derecho (1). Ahora, aun esto ha desaparecido, no quedando sino la ficción de la defensa por pobre; y aquí donde ni el profesor de la Facultad, ni el abogado con treinta años de ejercicio, ni el magistrado encanecido en la profesión, cuanto menos el hombre instruído pero encasillado en otra especialidad, el médico, el eclesiástico, el maestro, el periodista, el ingeniero, el literato, el arquitecto, no saben ni la vigésima parte del derecho escrito que rige en su país, se pretende que lo sepa el bracero, el menestral, el labriego, este pobre siervo enfeudado dos veces, al fisco y al señor, y á quien ese mismo legislador y ese mismo estado social toman las veinticuatro horas del día para que sirva de sostén físico á una civilización que no es la suya y que ni siquiera llega á conocer!

Como era de prever, tratándose de un precepto tan contrario á la razón y tan reñido con la naturaleza y la verdad de las cosas, ni los tribunales ni el legislador mismo han podido mantenerse fieles á él, concurriendo á demostrar con sus contradicciones é inconsecuencias, tanto como los científicos con sus teorías y sus análisis de los hechos, lo falso, artificial, inconsistente é insostenible del famoso sostén del orden social, ingrediente primario y supraconstitucional de toda humana organización. He aquí por vía de muestra algunos ejemplares de género distinto, tomados de nuestra legislación y de nuestra jurisprudencia.—Si un individuo de la clase de tropa comete uno de los delitos penados en el Código de Justicia militar, no se le aplican las disposiciones de él «como no conste haberle sido leídas antes de delinquir», pero en tal caso se le impone la penalidad de la ley común si el delito estuviese previsto en ella (2); cuando

(1) Es seguro que esa mayoría «sin ley» viviría menos mal si rigiese igual *anarquía* en la minoría, no promulgándose ley alguna; ó si se la dejase vivir (á dicha mayoría) autonómicamente, conforme á sus propios usos, ó á las ordenanzas que ella se formase, como hicieron nuestras Leyes de Indias respecto de los americanos.

(2) *Código de Justicia militar* de 1890, artículo 207.

lo lógico habría sido exigir la previa lectura de las dos ó no exigir lectura previa de ninguna para declararlas aplicables y aplicarlas.—No obstante la generalidad del principio de que la ignorancia del derecho *no excusa* de su cumplimiento, se admite para los jueces y magistrados un género de ignorancia denominada *excusable,* que los exime de responsabilidad por las sentencias ó providencias injustas que hubiesen dictado (1); y en conformidad con ello se ha declarado por el Tribunal Supremo, en causa por prevaricación, que «en la sentencia injusta por ignorancia, dictada por un juez municipal en juicio de faltas, la ignorancia es excusable, *siendo el juez lego en derecho, sin carrera profesional...»* (2); cuando lo lógico habría sido y sería conceptuar de inexcusable tal ignorancia y castigar el hecho perseguido, como se castigan otros de no mayor malicia en los particulares, no obstante concurrir en ellos la circunstancia de ser legos en derecho,

---

(1) *Código penal*, art. 366; *Ley orgánica del Poder judicial*, arts. 260 y 262; *Ley de Enjuiciamiento civil*, art. 903.—Un ilustrado comentarista de esta última ley sostiene que el recurso de responsabilidad civil sólo procede en el caso de infracciones de ley cometidas por ignorancia ó negligencia inexcusables *en la sustanciación del juicio*, nunca tratándose de infracciones cometidas *en las sentencias definitivas ó autos* que pongan término á los pleitos: el error del juzgador, no probándose la prevaricación ó el cohecho, «hay que atribuirlo á lo limitado del entendimiento humano». (*Comentarios á la ley de Enjuiciamiento civil*, por D. José M. Manresa, t. II, Madrid, 1887, págs. 221 y siguientes). Es decir que la ignorancia, en esa hipótesis, sería siempre excusable. Los razonamientos del Sr. Manresa distan mucho de ser concluyentes.

(2) Sentencia del Tribunal Supremo, fecha 14 de Octubre de 1884 (*Gaceta* de 24 Enero 1885).—El Tribunal dice que, no obstante ser la sentencia notoriamente injusta, el juez no ha cometido delito de prevaricación ni otro alguno, «porque si efectivamente debe atribuírsele como causa de su acción la ignorancia, ésta es excusable en una persona como la de aquel juez, lego en derecho, sin carrera profesional, mayor de 64 años y que fué inducido á error por el fiscal municipal, quien le propuso la pena que él le señaló, y que no puede dudarse que él necesitaba alguna práctica de los negocios judiciales para aplicar acertadamente los artículos del Código penal referentes á las varias cuestiones que surgían del hecho y sus circunstancias, objeto del juicio de faltas...»

y aun de no saber leer y escribir (requisito que cuando menos se exige para el cargo de juez municipal), ó por el contrario, admitir también en los particulares como excusable y eximente de responsabilidad civil, y amenudo hasta de la criminal, la ignorancia nacida de la falta de carrera profesional. — En causas seguidas contra inventores de tesoros en bienes ajenos, se ha declarado por el Tribunal Supremo que el hecho de retener para sí la totalidad del dinero hallado sin dar cuenta de él al dueño de la finca, contra lo dispuesto por el art. 351 del Código civil, constituye delito de hurto, sin que obste el que los albañiles procesados no conocieran aquel precepto, porque la ignorancia del derecho no excusa ni favorece á nadie (S. de 13 Mayo 1896); y al revés, que no constituye delito de hurto, porque el inquilino procesado creyó que el tesoro le pertenecía á título de arrendatario, ignorando lo declarado por el art. 351 del Código civil (S. de 7 Febrero 1899).

Semejante situación no puede prolongarse por más tiempo: es fuerza pensar en el remedio, y en un remedio dinámico, distinto de aquellos mecanismos propuestos por los primeros que se han hecho cargo de la inmensa gravedad de este problema. Ni el sistema de *Livingston* y otros, que abogan porque se introduzca la enseñanza del derecho en las escuelas; ni el de *Menger*, según el cual se impondría al Juez la obligación de instruir gratuitamente á todo ciudadano, con especialidad á los indigentes, cuando la necesidad lo exigiera, acerca de las disposiciones legales propias de cada caso; ni el de *Luzzato*, que hace á los periódicos, y á los maestros, órganos ó instrumentos auxiliares del legislador, obligando á los primeros á publicar diariamente extractos de las leyes promulgadas, y á los segundos á explicar esas mismas leyes á los analfabetos en conferencias públicas; ni el de *Roland*, idéntico en el fondo al que ideó la Asamblea Constituyente francesa, en cuya conformidad, las leyes se mandarían impresas á todos los municipios, con

obligación de dar lectura pública de ellas... (1). Nada de esto es eficiente: en todo caso resulta tan desproporcionado con la necesidad, ó dicho de otro modo, con la magnitud del mal, que puede decirse deja las cosas en el mismo estado en que las puso el artículo segundo de nuestro Código civil. Entre eso y no hacer nada, va toda la diferencia que entre el tratamiento homeopático y el expectante, y tal vez ni aun tanta, pues siquiera en la medicina homeopática obra un elemento terapéutico tan poderoso como la fe, mientras que por la fe no consta que se haya aprendido nunca una ley sola.

Sin negar, pues, en absoluto racionalidad y eficacia á esos métodos de publicidad y aprendizaje de las leyes, su radio de acción es tan breve y minúsculo, que apenas si alcanza á afectar al sentido cuando se le compara con las amplitudes que el derecho positivo reviste en los tiempos modernos. Conozco alguna Ordenanza local, la de Bello, en el concejo asturiano de Aller, que impone á los Regidores el cuidado de que sea aquella leída tres veces al año en asamblea general del vecindario; y á los vecinos particularmente, el deber de instruir en la parte penal á sus hijos y domésticos (2). Las Ordenanzas militares disponen que sean leídas á los soldados las leyes penales del Ejército una vez cada mes, á presencia del que mandare la Compañía, con objeto (3) de que no puedan alegar ignorancia *que les exima* de la pena correspondiente á la inobediencia. Pero trátese de hacer extensivo este procedimiento, no digo á todas las leyes

(1) Vid. las citas en el trascendental estudio de D. Pedro Dorado Montero «Sobre la ignorancia de la ley penal,» en sus *Problemas de Derecho penal*, Madrid, 1895, págs. 408 y siguientes.

(2) Cap. v, art. 11, y cap. vii, art. 5.°—La redacción es de 1846.—La he consultado ms. en la Colección inédita de Ordenanzas locales de Asturias que principió á formar el sabio jurisconsulto y malogrado amigo nuestro D. Manuel Pedregal, y á que hago referencia en mi *Colectivismo agrario en España*, Madrid, 1898, págs. 265 y otras.

(3) Según expresa la «*Memoria sobre la organización militar de España en 1871*, redactada por el Depósito de la Guerra», t. III, Madrid, 1873, pág. 181.

y doctrinas legales de derecho civil, político, penal, procesal, administrativo, etc., que rigen en España, sino únicamente á las recopiladas en el *Diccionario* de Martínez Alcubilla, amén de las que el Parlamento, los Tribunales, los Ministerios y las Corporaciones municipales entregan diariamente á las prensas en avenida torrencial, y calcule quien pueda el número de siglos que se habrían menester para leérselas y hacérselas entender á tres millones de labradores que vuelven del campo, cerrada ya la noche, durmiéndose por el camino; á legiones de pastores, que pasan 350 días del año fuera de poblado, sin haberse enterado aún de si en España impera el régimen republicano ó recibe todavía obediencia Doña Isabel II, reina de las Españas y de sus Indias; á los pescadores, que tienen su hacienda sobre tablas flotantes, verdaderos parias del mar; á las costureras, adscripticias del contratista, pegadas á la máquina dieciséis horas diarias para ganar menos de una peseta; á los tejedores de las fábricas, á los peones de albañil, á los dependientes de comercio, á los mineros, á las lavanderas, á los conductores de diligencia y de ferrocarril!

De lo expuesto y considerado hasta aquí derívanse lógicamente estas dos consecuencias:—1.ª Enseñanza obligatoria de la legislación, y, como medio propedéutico é instrumento necesario de ella, enseñanza obligatoria del arte de la lectura (1).—2.º Posesión obligatoria de los cuerpos y

(1) Por razones obvias, la obligación de conocer las leyes no se halla suficientemente garantida con el conocimiento del arte de la lectura.

Sanromá impugna á los que mantienen el principio de la primera enseñanza obligatoria desde el punto de vista del sufragio universal (para ejercerlo debidamente) y del deber impuesto á los ciudadanos de conocer las leyes:—«Existe realmente (dice) la ficción legal de que todo ciudadano conoce las leyes que ha de cumplir. Publícanse en gacetas, monitores ú otros diarios oficiales, y se sobreentiende que los leemos ó los podemos leer. ¿Y de aquí vamos á deducir que el Estado tenga obligación de enseñar la lectura? Si hiciese como aquel emperador romano de quien se cuenta que ponía las leyes en sitio muy alto y en caracteres menudísimos para tener ocasión de atrapar descuidos; si dificultase

colecciones legales y de la Gaceta (1).—Pero la enseñanza obligatoria lleva consigo el derecho á la asistencia, dado que el Estado no impide ni prohibe á los menesterosos procrear hijos y que la masa mayor de la sociedad se compone de menesterosos (2). Al declarar culpable y no excusante la

---

ó impidiese la enseñanza, en vez de facilitarla, ya entregándola á la libertad, ya propagándola directamente (que en esto no me meto ahora), entonces sí que en el Estado recaería la responsabilidad de las infracciones legales. Al presente, no; y estando la escuela abierta, la responsabilidad *puramente moral* de no saber leer se queda para el que no aprendió ó para el que no cuidó de que su hijo aprendiera.

»Poniéndonos en otro terreno, ¿tan seguros estáis de que todo aquel que sepa leer conocerá las leyes? ¡Cuántos leen de corrido, y no solamente nunca las leen, sino que si las leyesen nunca las entenderían!... Ya que hablo de abogados, ¿hay en su misma profesión quien, después de pasarse la vida manejando leyes, llegue á conocerlas todas? Vengan los Romilly, los Chaix d'Est-Ange, los Berryer, los Cortina, y apuesto á que en cantidad de materia legal se han quedado á mitad de camino. Y porque en su larga práctica se les hayan escapado muchas leyes, y otras las entienda cada cual á su manera, ¿estarían menos obligados á cumplirlas?» (*Política del taller;* Madrid, 1876; págs. 170-71).

(1) La Instrucción de Corregidores del año 1500 y la de 1788 ordenaron que en los archivos de los concejos y ayuntamientos obrasen el libro de Partidas, las leyes del Fuero y las demás leyes y pragmáticas, que componían el cuerpo legal del Reino, «porque habiéndolas, mejor se puede guardar lo contenido en ellas» (ley 15, tít. 6, lib. III de la Recopilación; cap. 67 de la Instrucción de Corregidores de 1788).—Hoy no existe, que sepamos, esta obligación, si se exceptúa la *Gaçeta de Madrid*, á la cual han de estar suscritos los ayuntamientos en las cabezas de partido y pueblos que excedan de 2.000 habitantes. A los individuos no se les ha impuesto nunca la obligación de poseer las colecciones legales, aunque habría sido lógico imponérsela, supuesto el artículo 2.° del Código civil y su precedente de Partidas.

(2) «La tercera y la más poderosa de las causas de flojedad de los padres [en materia de instrucción de sus hijos] es la indigencia. Privar á una familia pobre del trabajo de sus hijos, es una solemne injusticia. ¿Se le priva de este recurso? Hay que indemnizarle... Este punto de la indemnización es serio: serio por lo que costaría; serio por lo que representa. ¿Queréis saber lo que es esta indemnización? El reconocimiento implícito del *derecho á la asistencia*. El trabajo del hijo es para el padre ó para la familia pobre, que es igual, un suplemento de salario. Ocupando al hijo en otras atenciones, el suplemento debe darlo la ley. La obligación legal impuesta al padre en la escuela, supone otra obligación legal impuesta al Estado en el hogar: el derecho del Estado para sustraer el hijo al salario supone un derecho correlativo del padre á reclamar del Estado aquel salario. Más claro no puede ser. Y como el derecho á la asis-

ignorancia, clasificándola entre las culpas latas, y hacerlo así no por oficio de tutela, en provecho de los individuos mismos obligados, sino en beneficio de la sociedad, por considerar que sin eso sería ésta imposible, el Estado contrae ipso facto la obligación no meramente de «ofrecer al proletariado la posibilidad de adquirir el conocimiento de las leyes» (1), sino de prevenir ó desterrar positivamente y de hecho aquella ignorancia, poniendo los medios necesarios para que los ciudadanos todos, así ricos como pobres, con ó contra su voluntad, adquieran un conocimiento de las leyes y de su razón tan bastante como sea preciso para que aquel pecado original quede redimido, para que no alcance nunca á nadie esa culpa que se hace acompañar á la ignorancia. Y constituyendo el derecho vigente un cuerpo de doctrina tan voluminoso, imposible de dominar como no se le sacrifique una gran parte de la vida, en términos de que no bastaría para el efecto el que se exigiese á todo ciudadano la actual carrera de abogado, resulta en conclusión que, en buenos

---

tencia y el derecho al trabajo se relacionan íntimamente, derivándose del mismo principio, y no es posible admitir uno de ellos sin caer en seguida en el otro, la instrucción obligatoria entra de lleno en las soluciones socialistas, y por el socialismo pecan los que la defienden, aunque otra cosa intenten probarnos...» (Sanromá, *Política del taller*, págs. 175-177).—«Al hecho de dar instrucción á los hijos de los pobres tendrá que seguir el de proporcionarles alimentos en algunos casos; y cuando este uso se haya ido generalizando, veremos cómo la prestación del alimento gratuito se va extendiendo cada vez más (aplicando el concepto de «indigente» á mayor número de niños); cuya extensión será la consecuencia lógica del principio de que para formar un buen ciudadano se requiese fortalecer su cuerpo tanto como vigorizar su espíritu.» (Herbert Spencer, *El individuo contra el Estado*, edición española, Madrid, 1885, pág. 60.)

(1) Menger escribe: «Si el Estado establece la presunción de que todo súbdito conoce la legislación, ó lo que desde el punto de vista práctico es igual, considera en general la ignorancia como negligencia, debe ofrecer al proletariado la posibilidad de procurarse con facilidad y de un modo seguro el conocimiento de las leyes...» (*El derecho civil y los pobres*, cap. I, § 8, ed. española de Posada, Madrid, 1898, pág. 107). El medio propuesto por él dista mucho de satisfacer, á mi juicio, esa necesidad.

principios de gobierno, la consecuencia necesaria de la máxima legal *nemini licet ignorare jus* sería una vasta organización socialista, en que el Estado se hiciese cargo de todos los hijos de los ciudadanos, sin distinción, á partir de la primera niñez, dándoles manutención, vestido y alojamiento, como ahora á los soldados, mientras les enseñaba á leer las leyes, á entenderlas y almacenarlas en la memoria, para devolverlos, una vez enseñados, á sus familias y á la sociedad. Y es lo más grave que todavía después de eso no se habría vencido sino una parte de la dificultad, porque el derecho vigente y aprendido en un momento dado se escapa de la memoria y hay que hacer nuevos esfuerzos para retenerlo ó para recobrarlo: por otra parte, el derecho vive y el legislador acaudala y renueva sus preceptos con frecuencia, imponiendo al ciudadano nuevos acopios, trasiegos y sustituciones de leyes ó de miembros de leyes, que es decir nuevos consumos de energía, de atención, de tiempo, mermando más y más el reclamado para el restante trabajo social, si tal vez no absorbiéndolo por entero.

La potencia cerebral y física del individuo es demasiado limitada para que con la corta porción que queda disponible de ella,—cuando queda alguna,—después de satisfechas las exigencias tiránicas de la vida física, en lucha con una naturaleza tan adversa, ó tan mal conocida y dominada, como la que nos envuelve, y con una organización social tan deficiente é imperfecta como la nuestra, pueda prestar oído al incontinente y desaforado vocerío del legislador, que no cesa un instante. Desde que el combatido autor de la Novísima, Reguera Valdelomar, en su «Historia de las leyes de Castilla», apreciaba que «el *juez* más íntegro, que el *abogado* más estudioso, no puede menos de ignorar en gran parte las leyes de España, por no serle posible la instrucción y ciencia de todas» (§ XIV, n. 6), y Martínez Marina, en su «Juicio crítico de la Novísima Recopilación» se dolía de que las leyes hubiesen crecido en número á tal extremo, «que no alcanzaba la vida del *jurisconsulto*

para estudiarlas», concluyendo, fundado en experiencia, «que la imperfección de nuestra jurisprudencia y los abusos y desórdenes del foro nacieron principalmente de la dificultad, por no decir imposibilidad, de saber las leyes á causa de su inmensa multitud, la cual es un velo tenebroso que oculta su inteligencia y sus defectos» (§§ 26 y 33),—la situación de las cosas, para el juez, para el letrado, para el jurisconsulto, no ha variado en lo más mínimo sino en el sentido de agravarse, por haber seguido multiplicándose, con los desenvolvimientos de la civilización, la materia legislable y menguando por igual motivo la fracción de tiempo, que es decir de vida, que puede destinarse á su estudio. Esto, tratándose de los profesionales: calcúlese qué no será tratándose de las clases legas.

Digámoslo de una vez: supuesto un estado legal como el nuestro, el principio *nemini licet ignorare jus* con sus derivaciones es incompatible con toda otra ocupación ó profesión social que no sea la del derecho; incompatible, por tanto, con la vida.

II

TRANSICIÓN. ¿SIN LEYES?

Tal vez, señores, ese abismo que parece dividir fatalmente y para siempre al legislado de la ley no sea real, sino obra de nuesta fantasía creadora, puesta al servicio de nuestra pereza intelectual; tal vez esa fatalidad no esté en la naturaleza de las cosas, sino en el modo como los hombres las hemos visto é interpretado: acaso el problema no fué bien planteado en sus orígenes, y en vez de decir que *«el pueblo está obligado á conocer y cumplir todas las leyes»*, deban inver-

tirse los términos diciendo que *«no son verdaderamente leyes sino aquellas que el pueblo conoce... y refrenda cumpliéndolas, traduciéndolas en sus hechos.»*

Esa famosa presunción, base de todo nuestro sistema legal, parte del supuesto de una separación entre la voluntad que estatuye el derecho y la voluntad que ha de ejecutarlo: implica dos personas absoluta y formalmente ajenas la una á la otra: la autoridad que legisla ó decreta y el súbdito que ha de obedecer y cumplir. El puente de comunicación entre ellas es el conocimiento por parte de la una de lo dispuesto ó legislado por la otra, y ahí el *in-pace*, porque ese conocimiento puede faltar, y aun tiene que faltar necesariamente, según hemos visto. Para mí, la antinomia no se resolverá en tanto no desaparezca efectivamente y de hecho esa dualidad de personas, fundiéndose en uno los dos conceptos de legislador y de legislado, conforme lo tienen admitido nuestras constituciones civiles respecto del derecho individual (1) y lo teorizaron nuestros antiguos juristas y teólogos, Covarrubias, Azpilcueta Navarro, Suárez, Escobar, Valencia, Caramuel y otros respecto del derecho exterior social (2).

Hay quienes entienden desatar la dificultad extirpando de raíz la ley, poniendo la fuente única del derecho positivo, así social como individual, directamente en los individuos que han de realizarlo en sus actos, ó si se quiere, reduciendo el derecho público ó social á las condiciones del privado, haciendo del individuo autoridad única de sí propio, conforme á aquella genial observación de Vives, en cuya opinión, allí donde los hombres han hecho del amor al bien y del odio al mal una segunda naturaleza, no hacen falta las leyes para vivir recta y ordenadamente, y donde, por el contrario, esos hábitos faltan, las leyes no los suplen por muy perfectas y

(1) Véase más adelante, cap. III, *Constitución del status individual.*
(2) Véase cap. IV, *Unidad é identidad de ley y costumbre.*

numerosas que sean; razón por la cual, e poder público debe considerar como principal misión suya la de educar á los gobernados, mirando al manantial de donde brotan sus acciones, la interior disposición de ánimo (1).

Por los preservativos abogaba también—siquiera desde un punto de vista mecánico y doctrinario, tan distante del concepto ético é interno del derecho profesado por el insigne polígrafo de Valencia—el Dr. Cerdán de Tallada, Caballero del Consejo de S. M., en los primeros años del siglo XVII. Coincidiendo en el fondo con la teoría de los libertarios (anarquismo doctrinal ó filosófico) de nuestro tiempo, juzgaba que «las leyes nacieron de las malas costumbres de los hombres y de sus diferencias, lites y quistiones, para atajarlas y corregirlas;» pero «la experiencia enseña que los pleytos se van de cada día multiplicando,» siendo la causa el que hasta hoy no se han hecho las leyes, como era de razón, «con remedios preservativos para atajar las causas que producen y levantan tales pleytos,» sino únicamente «para proveer de remedios y orden de abreviarlos y decidirlos después de producidos, decidiendo los casos y dificultades que se ofrecen, que es en lo que se ha trabajado tanto por tanta muchedumbre de jurisconsultos y de hombres sabios, con la edición de tantos libros, sin los que de cada día se imprimen...»

---

(1) Sed quoniam in hoc repertae sunt leges, ut homines inter se quiete et aequali quodam jure vivant, primum legum munus esse debet, ut *animum* constituant ac forment, fontem actionum omnium, dentque operam, non ut puniant malos, sed ne qui velint esse mali: eam esse primam eorum curam congruit, qui leges sanciunt, quemadmodum sapienter docent philosophi, ut *pueri assuescant bonis rebus delectari, tristari malis;* nam hoc si sit perfectum, non multum sane negotii supererit legibus ad jubendum, aut vetandum, ad delictorum poenas, ad praemia recte factorum: ex hac assuefactione morum, etiam sine legibus bene vivitur; sine illa vero, ne cum legibus quidem vel plurimis, vel accuratissime perscriptis ac sanctis... *(De causis corruptarum artium*, lib. VII, cap. I; ap. «de optima primaque institutione ditionis et legum: utraque vero quam foede ob ignorantiam, et ob pravos affectus corrupta;»—apud *Opera omnia*, ed. Mayans, t. VI, Valencia, 1785, págs. 227-228).—La inspiración viene de Platón é Isócrates.

Entre las causas de esa creciente inundación de litigios cuenta la gran muchedumbre de leyes, con que se ha engendrado una profesión artificial que vive de mantener encendida la discordia y enemistad entre los hombres: la clase de los doctores. Como no hay perros que rabien (dice) sino donde hay saludadores, tampoco hay pleitos sino donde hay letrados (1); «de manera que las leyes que han de servir y se hicieron para remedio de atajar pleitos y abreviarlos, obran el efecto contrario, que es la multiplicación y prorrogación dellos; y por este camino se impide la paz y el sosiego de los moradores de España, y por la mayor parte

---

(1) No es sólo Cerdan de Tallada quien había hecho esta observación: en sus Lugares Teológicos escribe Cano: *Hoc nos certe videmus, minus ibi esse litium, ubi minus est hujus generis litteratorum* (de Loc. theolog., lib. X, cap. 9.)—Los Reyes Católicos habían prohibido á los abogados el que se trasladaran á América.—En sus estudios acerca de la Reina Católica, el docto Clemencín escribía: «Hablo del derecho privado, que es el campo de la jurisprudencia, y en que la celebridad y nombradía de sus profesores supone necesariamente la dificultad de conocer bien la legislación, y por consecuencia la multitud y complicación de las leyes. Funesta gloria la que resulta á una nación del saber y doctrina de sus leguleyos. Un gobierno que trata de adelantar la prosperidad de los pueblos, estrechará sin duda los límites de la erudición jurídica; y llegaría á su colmo la perfección si, hecho común y vulgar el conocimiento de las leyes y reducidas éstas á pocas y sencillas reglas, pudiera despojarse su estudio del título fastuoso de ciencia y suprimirse la profesión de jurisconsulto.» *(Memorias de la Academia de la Historia*, t. VI, Madrid, 1821, pág. 421.)

Modernamente, ese espíritu ha remanecido en la Universidad Salmantina, con Dorado Montero, quien estima que la existencia legal de los abogados, y su intervención, necesaria é *impuesta* también *por las leyes*, en la administración de justicia, es una contradicción palmaria al principio *nemo jus ignorare censetur* y una prueba irrefragable de la falsedad del mismo; sostiene que la abolición de esa institución parasitaria y corruptora es una exigencia de toda administración de justicia, y con mayor especialidad de la penal; afirma que el legislador ó el ministro que suprimiese la abogacía, prestaría un servicio inmenso al país, etc. (Vid. su preciosa monografía *Sobre la ignorancia de la ley penal*, en el libro «Problemas de derecho penal». Madrid, 1895, págs. 399-402; «*Problemas jurídicos contemporáneos*», Madrid, sin año, págs. 50-52; *A propósito de la causa de Varela*, en la revista «La España Moderna,» Madrid, Mayo de 1894, páginas 84 y sigs.; *De administración de justicia*, en la revista «La Administración,» Madrid, Mayo de 1896, t. III, pág. 204; etc.

entre los más cercanos en deudo y amistad, con la ocasión de tantos pleitos como se acarrean por las demasiadas leyes y tanta diversidad de pareceres...» (1).

Pero, realmente ¿pueden vivir sin leyes (2) las sociedades humanas?

Existen escuelas, con caracteres y proporciones de reacción, que resueltamente lo afirman (anarquismo, acracia, etc.); y no faltan sociólogos y pensadores de autoridad, formados en las filosofías clásicas, que se inclinan asimismo á la afirmativa (3). Kropotkine, por ejemplo, tomando como punto de partida la nativa bondad del hombre y el sentimiento de simpatía y de solidaridad que le es ingénito y que le atrae con la violencia de un fenómeno natural hacia sus semejantes, erige al individuo en órgano único y exclusivo de su propio derecho; al gobierno del hombre por el hombre sustituye el gobierno del hombre por sí mismo, y sobre tal base quiere reorganizar la sociedad civil: en su idea, el ordenamiento social ha de producirse de igual modo que se genera y ordena en sus diversos reinos la naturaleza: por pura dinámica interior, espontáneamente, sin regulación externa ni de mandatarios, y por tanto, sin una clase gobernante, sin

---

(1) *Veriloquium en reglas de Estado*, etc., caps. 13, 14 y 16 (Valencia, 1604, págs. 187-228).

(2) Entiéndase bien, sin leyes exterior y reflexivamente promulgadas, obra de órganos especiales del Estado (monarca, parlamento, cuerpo de votantes en el referendum, etc.) y de necesario cumplimiento, garantidas por alguna *actio*.

(3) «Otras direcciones contrarias (el individualismo del *laissez faire*, la democracia directa, la escuela histórica, etc.) propenden á disminuir á su vez, y aun á negar, la acción reflexiva de los órganos especiales, que también identifican con el Estado, bajo la misma preocupación común. Desconfían de su intervención, queriendo reducirla al mínimum y prefiriendo la acción instintiva, ya de los individuos, ya del todo social, que suponen guiada infaliblemente por leyes naturales, mientras que aquella intervención todo lo perturba con sus ideas subjetivas, sus propósitos arbitrarios y su coacción violenta. La expresión más intensa de esta corriente se halla en aquellas teorías contemporáneas (anarquismo, amorfismo, acracia) que proclaman la abolición del «Estado,» ó por mejor decir, de sus poderes oficiales.» (Francisco Giner, *Estudios y fragmentos sobre la Teoría de la Persona social*, Madrid, 1899, págs. 218-219.

represión ni coacción jurídica, sin policía, sin tribunales, y por decirlo de una vez, sin «Estado»; sin más ley que la que el individuo lleva impresa por naturaleza dentro de sí propio, ni otra autoridad que la que libre y espontáneamente quiera establecer, agrupándose con aquellos con quienes tenga más afinidad por razón de credo ó ideales, de vecindad, de comunidad de intereses ó de oficio y profesión, etc., y federándose (siempre accidentalmente, no necesariamente) los diversos grupos de individuos en asociaciones voluntarias de radio cada vez más amplio, desde lo que ahora llamamos una municipalidad, ó un barrio ó parroquia, hasta la inter-nación, sólo que independientes y libres, para el auxilio mutuo y el progreso común; algo semejante á los primitivos gremios y comunidades de casi toda Europa, á las modernas sociedades cooperativas de producción y á los concejos y parroquias actuales de las provincias septentrionales de nuestra Península.—Nuestro eminente Posada ha mostrado que la idea de la posibilidad del orden social sin represión, sin autoridad coercitiva, sin sanción de un Gobierno exteriormente organizado, tiene precedentes bien caracterizados en diversas manifestaciones de la sociología evolucionista, representada en hombres tan «conservadores» como Krause y Giner, Guyau, Spencer y Fouillée (1).—Otro pensador español, tan justamente reputado en el extranjero, y aun entre nosotros, como Dorado Montero, tomando una posición intermedia, nacida de contemplar el problema desde un punto de vista histórico, considera la ley y la autoridad como instituciones meramente tutelares, y por tanto dependientes de que la tutela sea ó no necesaria. En su opinión, las leyes irán desapareciendo gradualmente á medida que el Estado autorita-

(1) *La sociologie et l'anarchisme;* apud Annales de l'Institut Internationale de Sociologie: I. Travaux du premier Congrès (1894).—París, 1895, págs. 329 y sigs.

Respecto de Giner de los Ríos, consúltese en su citada *Teoría de la Persona social* las págs. 379-387 especialmente.

rio actual, basado en la fuerza, vaya transformándose en un Estado cooperativo, basado en la libre racional voluntad de todos sus miembros (1).

No me he propuesto, ni podría, mediar en la contienda desde el punto de vista de la filosofía: únicamente ofreceré á los maestros del pensamiento en este orden algunos materiales para juicio, tomados de la realidad y reveladores del pensamiento oculto de una colectividad histórica tan digna de respeto y atención, de tanta experiencia y autoridad, como la nación española. Los siguientes apuntes harán ver como ya hoy, conforme á las diversas constituciones civiles de la Península, podrían vivir ordenadamente los hombres en sociedad sin comercio apenas con las leyes; libres, por tanto, de la necesidad de conocerlas; y, sin que por ello, dicho se está, hubieran de chocarse entre sí las múltiples esferas individuales ni dejaran de formar juntas, como antes y como siempre, municipio, nación, Estado.

III

CONSTITUCIÓN DEL STATUS INDIVIDUAL

Recuérdese cómo en Roma, el *status juris,* siendo completo, envolviendo la «caput», suponía y llevaba consigo la soberanía absoluta en la esfera del derecho individual; ó más claro, constituía al individuo en lo que expresa la palabra, en un *Estado*; Estado completo, lo mismo que la familia, lo

(1) *Fonction de la loi et de l'autorité dans l'évolution sociale*, por Pedro Dorado Montero. ap. «Revue de droit public et de la science politique», París, núms. 4 y 5 de 1899 (Agosto á Octubre), t. XII, especialmente págs. 45-47 y 250-251.—Vid. también su artículo *¿Quién vigila á los vigilantes?,* en «La Revista Blanca», Madrid, 15 Septiembre 1899, núm. 30, pág. 141 y sigs.

mismo que el municipio, lo mismo que la nación, que podía ejercitar todos los poderes en la esfera de sus relaciones personales y tenía su más alta expresión en la facultad de legislar, mediante lo que llamaban los romanos *lex contractus, lex testamenti*, leyes primordiales que excluyen, hablando en general, toda otra regla, escrita ó consuetudinaria, estatuída por autoridad pública, por autoridad social.

Envolvía esto un presentimiento vivo de la verdadera naturaleza de la «persona», en tanto que persona «*jurídica*», la cual no es meramente el *sujeto* del derecho, sino juntamente y al par *sujeto* y *objeto;* que encierra dentro de sí los fines para que el derecho está dado, parte de los medios necesarios para realizarlos y actividad racional para aplicar éstos á aquéllos cumpliéndose á sí propio lo que se debe. En esa «relación de libre condicionalidad» á que llamamos Derecho, el individuo (al igual de las personas sociales) es, por una parte, sujeto de fines, y por otra sujeto de medios; en esta segunda posición se dice «obligado», deudor, condicionante; en la primera, «exigente», acreedor, condicionado: tiene, por tanto, derechos y obligaciones respecto de sí propio, y para cumplir esas obligaciones, una esfera de acción exclusivamente suya, inviolable, donde nadie puede legítimamente inmiscuirse, dentro de la cual no hay ni cabe más diputado, senador, ministro, juez, magistrado, monarca ó presidente que él mismo; realización práctica en ese límite de un régimen de *selfgovernment* «molecular» (aplicando á la sociología, como es ya uso, este término de la ciencia natural) tan absoluto como hayan podido soñarlo las teorías acráticas y libertarias (1).

(1) La teoría de la persona individual considerada como Estado, y de su relación con la persona social, ha sido establecida sobre bases inconmovibles por Giner de los Ríos, y á su exposición me remito: *Resumen de Filosofía del Derecho*, por D. Francisco Giner y D. Alfredo Calderón, t. I, Madrid, 1898; §§ 37, 135, 138, 139, 140 y otros.—Algún desenvolvimiento de la doctrina de Giner puede verse en mi *Teoría del Hecho jurídico*, Madrid, 1880, § 9, págs. 69 y siguientes, y § 13, págs. 127-129.

Esta autarquía del Estado individual se halla en España solemnemente declarada en la legislación y respetada por los Poderes oficiales, los cuales, por punto general, no intervienen sino con carácter supletorio, esto es, para suplir la falta de expresión de su voluntad por el individuo (1).

He aquí una enumeración empírica é insistemática de algunos de los capítulos ó manifestaciones de ese que podríamos llamar Código ó Constitución del Estado individual; definición ó reconocimiento y organización de sus poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y respecto de los cuales el principio *nemini jus ignorare licet* no tiene lugar.

1.° **Derechos del hombre, llamados por excelencia individuales:** libertad de elegir profesión y domicilio ó residencia, de emitir sus ideas y opiniones de palabra y por escrito, de reunirse pacíficamente, de asociarse para todos los fines de la vida humana, de dirigir peticiones á los Poderes, de ejercitar el culto correspondiente á la respectiva religión que se profese, inviolabilidad de la correspondencia, inviolabilidad del domicilio. Este último (art. 6.° de la Constitución de 1876) es particularmente característico, porque equipara la casa al territorio independiente de la nación, conforme á aquel adagio inglés «my house is my kingdom» (mi casa es mi reino) y á otro antiguo español, aunque sin trascendencia jurídica en su tiempo, «cuando en mi casa me estoy, rey me soy»; y con efecto, la casa es el territorio del Estado individual, ó si se quiere del Estado familial, como aquellos *domos parvaque regna* bilbilitanos de Marcela, que su marido Valerio Martial hallaba preferibles á los «patrios hortos» de Nausicae.

Estos derechos son inherentes á la persona individual, y se dicen naturales é ilegislables por eso, porque existen

(1) Vid. Giner-Calderón, *Resumen* cit., pág. 189, y mi citada *Teoría del Hecho jurídico*, §§ 10, 11 y 12, págs. 76-127.

por sí, como una de las cualidades constitutivas del ser humano, no dependiendo de la voluntad social ni estando por tanto en las facultades del Poder público desconocerlos, suprimirlos ó limitarlos: si se incluyen en el Código civil (Portugal) ó en el Código fundamental (España), es accidentalmente, por motivos puramente históricos, como una solemne afirmación de la personalidad individual por parte del Estado que hasta entonces la había, de hecho, negado, ó si se quiere, como una negación de esa negación anterior y como un afianzamiento transitorio contra posibles veleidades y tentaciones de retroceso.

2.° **Derecho de pactar con fuerza de ley.**—Es máxima fundamental de la legislación aragonesa que el juez «debet stare semper et judicare *ad chartam* et secundum quod in ea continetur, nisi aliquod impossibile vel contra jus naturale continetur in ea» (observancia 16 de fide instrumentorum; cf. obs. 6 de confessis y f. 1 de equo vulnerato). Es decir que debe atenerse en primer término, para fallar, no á la ley, sino á la voluntad declarada por el individuo ó individuos en sus respectivos contratos y capitulaciones *(chartae)*: las disposiciones forales se hallan subordinadas á la voluntad de los contratantes. Igual reconocimiento de esa potestad soberana que para legislar en su esfera compete al individuo, hace el Código civil español: «Las obligaciones que nacen de los contratos *tienen fuerza de ley* entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos» (art. 1091). En iguales términos el Código civil francés: «les conventions légalement formées *tiennent lieu de loi* à ceux qui les ont faites» (art. 1134). La jurisprudencia española denomina al contrato resueltamente ley: «el contrato *es la verdadera ley* que fija y regula los derechos y las obligaciones de los contratantes, y con arreglo á ella han de decidirse las cuestiones litigiosas que surjan acerca de su cumplimiento;» «los contratos ó pactos tienen entre las partes que los han cele-

brado *el mismo poder que la ley*, y su quebrantamiento equivale á una *infracción legal»* (Sentencias del Tribunal Supremo fechas 3 Abril y 6 Junio de 1884, etc.) (1): por eso, al introducirse la casación, admitióse en la práctica la interposición del recurso por infracción de la «ley del contrato,» aunque el legislador no había previsto otras infracciones que las de ley y de doctrina legal ó de jurisprudencia. La ley pública no viene sino en segundo término: «constituye, dice Dalloz, el suplemento del contrato, rigiendo solo cuando las partes no la han derogado expresamente [dándose una propia en el contrato]; en tal caso, la ley *hace veces de contrato:* ella, por ejemplo, regula los intereses económicos de los cónyuges cuando éstos han celebrado su consorcio sin escritura nupcial» (2). Con ocasión de determinar el tiempo en que principian á obligar las leyes, nuestro Vázquez Menchaca identifica ambos conceptos diciendo que la ley es un contrato ajustado libremente entre los ciudadanos, y el contrato una ley estatuída por sus contrayentes (3).

3.° **Derecho de disponer libremente por testamento.**—La jurisprudencia de los tribunales considera también los testamentos como otras tantas manifestaciones de la soberanía civil del individuo, que hacen innecesario, en principio, el ministerio del legislador, y excusan por tanto del conocimiento de la ley. El Tribunal Supremo ha declarado repetidamente «ser un principio de derecho que la voluntad del testador debe respetarse y cumplirse como ley entre los interesados»; que «es ley en materia de últimas voluntades la del testador»; que «la voluntad de los fundadores es la ley suprema

---

(1) Vid. Ortiz de Zúñiga, *Jurisprudencia civil de España*, t. I. Madrid, 1869, págs. 68-70.

(2) Dalloz, *Repert.*, v.° Obligations, § 672.

(3) *Controversiarum illustrium libri III*, cap. 44, § 5; cap. 52, § 9-10; capítulo 55, § 3.

por la cual deben resolverse las cuestiones que se susciten» (1).

Esto, hablando en tesis general. Viniendo al contenido y concretándonos á la parte económica, en las provincias regidas por el Código civil español gozan de libertad completa para disponer de sus bienes por testamento «los que no tuvieren herederos forzosos» (art. 763). En Navarra, todos, porque esa categoría de herederos propiamente no existe. Por una ley hecha en Cortes celebradas en Pamplona el año 1688, se estableció que los naturales de aquel Reino (2) pudieran disponer libremente de todos sus bienes, aun en fávor de extraños, dejando reducidos los derechos de los hijos á un rudimento y como figura de lo que habían sido las antiguas legítimas: los procuradores suplicaron y el rey decretó—«que se observe y guarde inviolablemente la dicha *costumbre y libertad absoluta* que por ella tienen [los padres] de disponer como quisieren [de sus bienes y haciendas], dejando á sus hijos en dichas disposiciones la dicha legítima de los cinco sueldos y una robada de tierra en los montes comunes, conforme á la dicha costumbre, y que haya de subsistir y tener efecto no sólo quedándose instituído á un hijo, dejando á los demás solamente la dicha legítima, sino también cuando se instituyere ó dispusiere *á favor de un extraño*, dejando á los hijos solamente la dicha legítima...»—Esta libertad de disponer de los bienes por testamento sigue en vigor en los mismos términos y es respetada por la jurisprudencia de los tribunales (3).

(1) Vid. las citas en Ortiz de Zúñiga, *Jurisp. civil* cit., t. I, pág. 68-70 y 72.

(2) Que no fuesen de condición de labradores, á saber: los hijosdalgo, caballeros y ricos-hombres. Pero posteriormente, el fuero en cuestión se ha hecho también extensivo á los labradores, habiendo dejado de ser la libertad de testar un privilegio de clase.

(3) Antes de la fecha de la ley, regía ya la libertad de testar en cuanto á los bienes, pero sólo dentro de la familia, lo mismo que entonces y ahora en Aragón. Sólo que la costumbre la había ampliado en los términos que acabamos de ver.

4.° **Derecho de renunciar los beneficios de las leyes obligatorias y prohibitivas, derogándolas tácita ó expresamente.**—La «ley del contrato», el «standum est chartae», en el límite en que acabamos de definirlo, quita acción á las leyes supletorias, impidiendo que rijan contra la voluntad del individuo. Pero es el caso que también las leyes imperativas se hallan por su mayor parte supeditadas á esa misma voluntad. «La doctrina comunmente recibida por tradición de nuestros intérpretes [sobre renunciación de leyes], dice Castro, es que siendo como es conforme á derecho natural que cualquiera pueda abrazar ó repudiar sus utilidades, lo mismo puede hacer de las leyes que se la procuren y miren á su favor,—como no se interese el bien común ó de otro tercero, el que no estando en poder del renunciante, menos puede renunciarle» (1). Cuando el Fuero de Brihuega disponía que ni el padre ni la madre diesen á un hijo más que á otro *«si á los otros fijos no ploguiere»* (2), proponía una excepción ó una condicional que de todos modos habría regido, aunque el Fuero no la hubiera expresado; cuando el Código civil declara que la obligación contraída por mujer casada sin licencia de su marido es nula, pero que tal obligación subsistirá como válida *si no reclaman la anulación el marido ó sus herederos* (3), escribe una redundancia, pues lo mismo sería aunque

(1) *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, por D. Juan Francisco de Castro, t. II, Madrid, 1829, pág. 5.—El autor controvierte largamente esta doctrina, que sin embargo tenía á su favor la autoridad de la jurisprudencia romana. Juliano, en el libro 45 de sus *Digestos* recordó la regla «*unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt*» (Digesto, IV, 4, 41)—y la repitió el Código justinianeo: *alia regula est juris antiqui omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renuntiare.* (Codex, II, 3, 29). Es muy instructiva á este propósito la lucha tenaz y porfiada que sostuvo en Castilla el derecho individual contra la ley social ó del Estado, con el arma de la renuncia previa y expresa de ésta: me he ocupado de ello en *Teoría del Hecho jurídico* cit., § 12, págs. 114-121.

(2) Rúbrica «que no den á un fijo más que á otro»; ed. Catalina, Madrid, 1887, pág. 166.

(3) *Código civil español* de 1889, artículos 62 y 65.—El Tribunal Supremo

no lo advirtiese, dado que las leyes de ese género se hallan todas subordinadas á la voluntad del sujeto á quien favorecen, conforme á aquella máxima de derecho, que abarca todas las instituciones jurídicas y rige en todas las legislaciones del mundo: *quando actus nullus est favore alicujus, intelligitur, si ipse velit esse nullus.* El derecho social garantiza ó entiende garantizar el cumplimiento de los fines individuales asegurando cuantías determinadas á cada situación, imponiendo determinadas solemnidades y condiciones á cada género de actos, circunstanciando legítimas, viudedades, fianzas, plazos, testigos, capacidad, consentimiento libre, buena fe, indemnización, etc., é imponiendo á los obligados la prestación de todo cuanto á tenor de tales fórmulas legales deben á los favorecidos por ellas; pero, eso no obstante, sufre que por encima del juicio social de que son ellos una expresión, se levante el juicio del individuo á quien quería y entendía servir, dejándole árbitro de realizar sus fines del modo que quiera. «Los derechos concedidos por las leyes son renunciables», dice el Código civil en su artículo 4.° Si, por ejemplo, dos cónyuges castellanos convienen entre sí la viudedad á estilo de Aragón; si dos cónyuges aragoneses pactan, según es tan frecuente en la provincia de Huesca, la prórroga de la viudedad para el caso de un segundo matrimonio; si un testador instituye heredero universal á uno sólo de sus hijos, caso común en Castellón, conforme á la costumbre del Pirineo aragonés y catalán,—ni el fiscal ni el juez ni poder alguno local ó general tomarán la iniciativa para impedirlo ni para deshacerlo y obligar á que se proceda en conformidad á lo dispuesto por la ley, aunque el hecho les conste oficial ó particularmente (1): sólo los herederos forzo-

había declarado mucho antes que pueden tales contratos producir todos sus efectos aunque no preceda dicha licencia [marital], si el marido, que es á quien únicamente compete la acción, no reclama la nulidad del contrato que su mujer haya celebrado. (Sent. de 27 de Junio de 1866.)

(1) No me hago cargo del caso en que interesen menores ó incapacitados,

sos podrían oponerse. Si lo consienten, la ley queda sin eficacia, lo mismo que si no existiera (1).

Esa subordinación de la ley no-supletoria, de la ley prohibitiva ó imperativa, á la voluntad del favorecido por ella es tan cierta y tan absoluta, que una vez que éste ha renunciado á su beneficio, sea de un modo expreso (conforme á la doctrina del standum est chartae), sea tácitamente (absteniéndose de reclamar lo suyo durante cierto tiempo), ya la ley no le permite arrepentirse ni volverse atrás para acogerse nuevamente á ella: el acto de ratificar ó convalidar el contrato nulo, de desatar de su obligación al obligado, produce derecho á favor de éste, siendo por tanto definitivo é irrevocable: por virtud de tal acto, la ley queda privada de todo su vigor, y nunca puede ya invocarse contra aquel á quien antes obligaba. Sucede lo mismo que en Roma con las llamadas «obligaciones naturales,» y con las «civiles» que habían prescrito ó en que había intervenido fuerza ó dolo: la ley les negaba todo valor, y no concedía acción para reclamar su cumplimiento; pero si el obligado, á pesar de todo, las cumplía, el pago era firme, no pudiendo reclamar ya la devolución de lo satisfecho.

El Código civil consagra esta doctrina implícitamente en el capítulo que trata de la prescripción de las acciones; y articulada, aunque con expresión deficiente, en el de la nuli-

---

porque esto responde á otro orden de conceptos.—El artículo 4.° del Código civil, citado en la nota anterior, añade: «á no ser esta renuncia contra el interés ó el orden público, ó en perjuicio de tercero.»

(1) De ese consentimiento, prestado tácitamente en la generalidad de los casos, ha nacido, v. gr., en la comarca de Castellón la costumbre del *heredamiento*, contraria al decreto de Nueva Planta, y en el Alto Aragón la costumbre del *casamiento en casa*, contraria al fuero 1 de secundis nuptiis y otros, según he explicado en mi *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*, Madrid, 1880, páginas 109 y siguientes. De ese consentimiento nació el *fideicomiso* en Roma, en el modo que tengo expuesto en *Los fideicomisos de confianza y sus relaciones con el Código civil español*, Madrid, 1894, págs. 5 y siguientes.

dad de los contratos (1). La jurisprudencia anterior al Código había sido menos avara de expresión, aunque sin llegar nunca á ver disipada del todo la obscuridad que envolvía á sus ojos este problema (2).

5.° Potestad de introducir costumbre individual con fuerza de pacto.—La voluntad se significa: expresamente, por palabras, y tácitamente por hechos. La misma relación que existe entre la costumbre social (local ó general) y la ley, ha de existir entre la costumbre individual y el testamento ó el contrato. Discurriendo Baldo sobre la eficacia de la costumbre in genere, sienta como regla «ut quicquid possit induci pacto, possit etiam induci consuetudine.» Con esto, érale forzoso admitir una costumbre individual, capacitada en ocasiones hasta para suplir la falta de contrato y servir en todo caso como criterio positivo para la interpretación de lo pactado, y aun de lo dispuesto unilateralmente por acto de última voluntad: de ahí afirmaciones como estas, que hallo estampadas en los escritos del insigne glosador perusino: «Consuetu-

---

(1) «Los contratos... *pueden* ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo á la ley. La acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado: la confirmación puede hacerse expresa ó tácitamente y purifica al contrato de los vicios de que adoleciere desde el momento de su celebración. En todo caso, la acción de nulidad sólo dura cuatro años.» (Código civil, arts. 1300, 1301, 1309, 1311 y otros).

(2) «Es un principio de derecho demasiado sabido que lo que es nulo por la ley no puede hacerlo válido el transcurso del tiempo; pero, sin embargo, esto no ha de entenderse de un modo absoluto, pues todo acto subsiste válido y produce sus efectos legales si oportunamente no se ha reclamado su nulidad.» (Sent. de 21 Enero 1865.) No puede tomarse en cuenta como motivo de casación «la doctrina relativa á que la nulidad de un acto, por referirse al orden público, no se puede cubrir con la ratificación ni con la prescripción, porque no está fundada en la ley ó en la jurisprudencia de los tribunales.» (Sent. de 27 Abril 1867). «Cuando se deja pasar el término que la ley señala para reclamar la nulidad, el acto, aunque en sí nulo, queda subsistente.» (Sent. de 19 Octubre 1866).

do etiam unius hominis est attendenda in facto singulari,» y «Consuetudo tacite informat contractum...» (1).

La doctrina de la costumbre jurídica individual no ha sido planteada todavía desde un punto de vista general: sólo los comentaristas le han prestado indirectamente alguna atención al tratar de la interpretación de las últimas voluntades. «In quantum quis facit secundum consuetudinem testatoris (escribe Bártolo), videtur facere secundum ejus voluntatem, et si facit contra ejus consuetudinem, videtur facere contra ejus voluntatem» (2). Nuestro Casanate sostiene que las cláusulas ambiguas, obscuras ó dudosas de los testamentos deben interpretarse primeramente, antes de acudir á ningún otro elemento de juicio, por la costumbre personal del testador (3), y en segundo lugar, por la costumbre de su casa y familia, citando en apoyo y corroboración de esto último la costumbre conservadora, vigente en algunas casas de Aragón que designa nominalmente, de que los varones tengan prelación respecto de las hembras en las sucesiones (4).

Los comentaristas del derecho nuevo suscitan la cuestión

(1) Ad lib. I Digesti, tit. *de legibus et senatus consultis, etc.*, ley 31, § 13; ad lib. XXI Dig., tit. *de aedilitio edicto*, ley 31 quod si nolit; ad lib. XIII Dig., tit. *de pignoratitia actione*, ley 12 vel universorum (edición de Venecia, 1586; t. I, folios 20-21, y t. II, fol. 87 y 163, respectivamente).

(2) Ad leg. *nomen*, § 1, núm. 2, ff. *de legat.* 3; cit. por Casanate.

(3) «In interpretanda ambigua disponentis voluntate, primo loco (prae caeteris omnibus conjecturis) consuetudo patrisfamilias attendi debet.» «Exinde provenit, quod vulgo dicitur, voluntatem testatoris defuncti dubiam declarari ex usu ipsius viventis, et quod ab his, quae vivens observare consuevit, conjectura voluntatis (etiam post mortem ejus) desumitur, etc.» *(Consiliorum sive responsorum* Ludovici de Casanate vol. I; Zaragoza, 1606; §§ 6 y siguientes, pág. 692-693).

(4) Nam quemadmodum quaelibet dispositio recipit interpretationem a consuetudine general. Provinciae... ita etiam dispositio testatoris recipit interpretationem et declarationem a consuetudine suae domus et familiae...» (ibid., § 11-13).—Cf. Joannis Hieronymi Cardinalis Albani *lucubrationes in Bartolum* (Venecia, 1571, t. I, fol. 36): «Consuetudo non solum unius civitatis, sive unius oppidi, sed etiam unius tantum familiae mutare potest solemnitatem testamenti.»

de si en la interpretación de las últimas voluntades puede admitirse prueba por hechos exteriores al testamento mismo interpretado, v. gr., por declaraciones de testigos, ó si, por el contrario, la voluntad del testador ha de inquirirse en toda hipótesis sin otro auxilio que el texto estricto del testamento. Es interesante á tal propósito y sumamente instructiva la exposición de las prácticas y de las doctrinas del Tribunal Supremo de Francia y del de Bélgica, hecha por F. Laurent, sobre todo en lo referente á la costumbre local. Según el artículo 1159 del Código civil francés, 1287 del español, las ambigüedades de los contratos han de interpretarse por el uso ó la costumbre del país en que aquéllos se han celebrado. «En el antiguo derecho, dice el ilustre civilista belga, esta regla recibía muy frecuente aplicación, efecto de la gran variedad de las Costumbres: se presumía que los otorgantes, ora lo fuesen por actos inter vivos ó mortis causa, habían entendido acomodar sus cláusulas á la Costumbre de la región donde vivían. Laurent estima que está presunción debe mantenerse, no obstante haber sido abolidas dichas Costumbres, cuando el testador ha dado á entender de algún modo que tál era su voluntad; y en tal sentido ha fallado el Tribunal Supremo de Bruselas, aplicando en la ejecución de un testamento el orden de suceder conocido con la denominación de *paterna paternis* (1). De la costumbre individual no se hacen cuestión.

Será fuerza volver á la doctrina de los antiguos civilistas y comentadores, más lógica y más orgánica que la de los modernos. La costumbre individual es una fuente de derecho tan sustantiva, tan legítima y tan necesaria en su esfera como la costumbre social en la esfera de la nación, de la región ó del municipio; y debe aplicarse á la interpretación de las voluntades presuntas, tanto si se han producido en forma de testamento como de contrato, sin limitarse como ahora

(1) *Principes de droit civil français*, t. XIII, § 487-490, y t. XIV, § 155-164.

(arts. 675, 1282, 1287 del Código civil) á los «actos coetáneos y posteriores,» á la «costumbre del país» y á los «contratos.»

6.° **Derecho de hacer constar válidamente las obligaciones en cualquier forma.**—El Ordenamiento de Alcalá, vigente en esta parte hasta hace pocos años, dispuso que «sea valedera la obligación ó el contracto que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar á otro é facer contracto con él.» (tít. XVI, ley única). El Código civil, que le ha sustituído, consagra la misma libertad, con carácter también de regla general: «Los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones necesarias para su validez [consentimiento, objeto cierto, causa]» (artículo 1278). Pero á continuación registra algunas excepciones, conforme á las cuales deben constar en documento público, para que sean válidos, los actos y contratos que tienen por objeto la creación, transmisión, modificación ó extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, la cesión de acciones ó derechos procedentes de actos consignados en escritura pública, etc. (art. 1280); por consiguiente, los contratos de compraventa de fincas y los de partición de herencia. Pero aparte de que, como dice el art. 1225 del mismo cuerpo legal, «el documento privado reconocido legalmente, tiene el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubieren suscrito y sus causahabientes,» —el pueblo se ha emancipado de la institución creada por el legislador para imprimir á los contratos y demás actos extrajudiciales carácter de autenticidad y preconstituir prueba sustantiva é incondicionada; ha orillado al Notariado de la ley, creando todo un sistema de escrituración individual, enteramente voluntario, basado sólo en la buena fe, para transmitir ó hacer constar las transmisiones de bienes así intervivos como mortis causa, ventas y otras convenciones, permutas, dotes, préstamos, divisiones de fincas, particiones de bienes hereditarios, etc.,

de tal modo eficaz en el hecho y tan universalmente practicado, que los Notarios, sorprendidos y arrollados por ese movimiento secularizador de la fe pública, que haría las delicias de Wille ó de Réclus, no encuentran otro medio de salvar su institución y llamarla á nueva vida, sino que el Estado interponga su autoridad persiguiendo el contrato privado, el expediente posesorio, el juicio convenido y declarando obligatorio el Registro de la propiedad y nulo todo contrato en que no haya intervenido fedatario público!

«Como hay en nuestro derecho escrito una administración de *justicia sin Tribunales*, prevista en el Código civil y en su ley procesal, donde se reconoce á los particulares la facultad de nombrarse juez ó jueces privados cuyas sentencias alcanzan la misma fuerza de obligar que las de los Tribunales de la nación,—existe en nuestro derecho consuetudinario una *fe extrajudicial sin Notariado,* amparada de un lado en los artículos 1219, 1225 y 1227 del Código civil en relación con el 19 del Reglamento del impuesto de derechos reales de 1892, en el artículo 3.° de la ley Hipotecaria de Ultramar, etc.,—y de otro en el citado Reglamento de derechos reales de 1881, artículo 175, y en el de 1892, artículo 55 y 9.° de la ley de 25 de Septiembre del mismo año; en el art. 7.°, base 1.ª, de la ley de 30 de Agosto de 1896, y el 175, regla 4.ª de la ley de 15 de Septiembre de 1892 publicada en 31 de Agosto de 1896; en la ley Hipotecaria de la Península, artículos 397 y siguientes, y en el reglamento de Amillaramientos de 1895, art. 50;—con que el pueblo ha creado todo un sistema de titulación, frágil en la apariencia, robusto é inquebrantable en la realidad, introduciendo en nuestro país, sin que nos hayamos dado cuenta de ello, el sistema llamado del acta Torrens—(salvo el registro; que es decir, en el límite tunecino)—y dejando sin empleo y jubilando de hecho al mayor número de los Notarios. Por cada acto jurídico á que éstos ponen el sello de su fe, prodúcense muchos millares fuera de la acción del Notariado. El señor

Ruiz Gómez ha explicado bien de qué modo personas ajenas á esta clase pueden ejercer legítimamente «todas las funciones de la Notaría, sin la fe pública» (1), y yo he mostrado, con el testimonio de muchos Notarios, cuán general cosa sea en España (2), y he ofrecido ejemplos prácticos de Andalucía (3) y de Castilla (4). Cierto que en todos esos casos el documento no va formalmente revestido de fe pública, ó cuando más recae ésta sobre la posesión, no sobre el dominio; que el Estado no le reconoce el valor y fuerza probatoria que á los documentos pasados por notario y registrador; pero se la dan los particulares á quienes afecta, y para el caso viene á ser igual: la misma abrumadora muchedumbre de hechos en que eso acontece acredita al sistema de suficiente, probando que la nación puede en rigor vivir sin fe notarial, puesto que vive. La «buena fe» de que derivan casi toda su fuerza tales documentos, surte ordinariamente en la práctica los mismos efectos que la «fe pública» en que descansan los documentos del Notariado oficial» (5).

Parecerá ocioso añadir que ese sistema popular de titulación y escrituración de transmisiones, de particiones, de préstamos, no requiere precisamente conocimiento alguno de la legislación; y de ahí que sus órganos sean personas que, cuando más, poseen las primeras letras, y aun éstas

---

(1) *Formulario Notarial*, 2.ª parte, t. I, Madrid, 1884, págs. 275 y otras.

(2) *El Notariado consuetudinario*, en el cit. libro «Reorganización del Notariado, etc.», cap. I, págs. 10-50.

(3) *La vida troglodítica en Jódar*, apud revista «La Controversia», Madrid, 29 de Junio de 1891.

(4) *Reorganización del Notariado* cit., págs. 12 y 18; y *Desposorios en la Mancha*, apud «Revista general de Legislación y Jurisprudencia,» Enero-Febrero de 1897.

(5) Detalles extensos acerca de este régimen consuetudinario de titulación y escrituramiento, el modo de su acción, la extensión de sus aplicaciones y los estragos causados por él en el cuerpo notarial, pueden verse en mi *Reforma de la Fe pública*, Madrid, 1897, especialmente las páginas 158-163, 203-205; y *Reorganización* cit., cap. I, págs. 10-50, 86-95.

borrosas é imperfectas: ordinariamente, los barberos, como en Navalcarnero, como en Jódar, como en Solana (1).

7.° **Derecho de ejecutar por sí los propios contratos.**—Por derecho irlandés primitivo, tal como ha quedado en el Senchus Môr, lo mismo que por el derecho germánico anterior á la ley Sálica, el acreedor embargaba por sí mismo bienes muebles del deudor sin intervención ni licencia previa de autoridad. Dirigíase aquél primeramente, acompañado de tres testigos, al domicilio del deudor, con objeto de requerirle al pago: si la deuda no le era satisfecha en el acto, tomaba de los bienes embargables, ordinariamente ganado, la cantidad que á justa tasación de los testigos era menester para cubrir la deuda; seguidamente trasladaba los efectos embargados al domicilio propio, donde conservaban aún el concepto de propiedad del deudor durante un cierto número de días; transcurridos éstos sin que la deuda hubiese sido solventada, los objetos embargados pasaban ipso jure á dominio del acreedor.

Esa manera de secuestro privado sin concurso de juez, se halla ó ha estado autorizada por nuestro derecho en algunos casos; por ejemplo, cuando entre los bienes y la obligación se ha establecido un vínculo directo, por acuerdo previo del acreedor y del obligado. El Código civil regula el modo como el acreedor puede enajenar los objetos dados en prenda y hacerse pago con el precio, sin intervención de poder público, fuera de la precisa para asegurar la autenticidad (art. 1872). Esa regla dada para la prenda, la Dirección general de los Registros la ha hecho extensiva á la hipoteca para el caso en que las partes hubiesen estipulado que, vencido el plazo sin que el deudor haya reembolsado el préstamo, podrá el acreedor proceder á la venta de la finca

(1) Pueden consultarse los testimonios en los lugares señalados en las precedentes citas, y además, en *Reforma de la Fe pública*, pág. 204.

hipotecada, en subasta, sin trámite alguno judicial, ó bien adjudicársela á sí propio por su justa estimación y otorgar la competente escritura notarial (1). Con lo cual la ley de Enjuiciamiento civil queda vacante y sin empleo, la necesidad del juicio ejecutivo en las hipotecas desaparece, abriéndose ancho campo á la acción autonómica del individuo.

¿Podría prescindirse hasta de ese requisito de la subasta, y reducir la ejecución á un mero apoderamiento de la cosa por la propia autoridad del acreedor, ó mejor dicho, á una mera adquisición ipso jure, como en el derecho irlandés primitivo? De un modo directo, no, porque el Código civil (artículo 1859), como antes el de Partidas (P. V, tít. 13, ley 12), tienen prohibido el pacto de comiso. Pero indirectamente, nada más frecuente en la práctica: los Registradores de la propiedad hacen constar el hecho de la «desaparición gradual del préstamo hipotecario y su sustitución por la venta á carta de gracia (con pacto de retro), la cual no es más, por lo común, que un préstamo disfrazado, como lo prueba el que el vendedor continúa en posesión de la finca vendida, con carácter de arrendatario, pagando una *renta*, que es sencillamente el *rédito* del dinero recibido con nombre de precio» (2). Mediante ese pacto, una vez fenecido el plazo estipulado, ó en su defecto el plazo legal, sin que el vendedor (en realidad prestatario ó deudor), haya restituído el precio (que es decir la suma adeudada), cesa ipso jure y en el mismo instante la obligación del comprador (prestamista ó acreedor) de restituir el inmueble, *se lo apropia* sin más, «adquiere irrevocablemente el dominio» (art. 1509), pudien-

(1) Resol. de la Dirección fecha 28 de Noviembre de 1893: *Gaceta* de 18 de Diciembre.—Una ley de Partidas autorizaba el pacto de que no cumpliendo el deudor la obligación de pago dentro del plazo estipulado, se quedase el acreedor con la prenda por su precio en estimación (Part. V, tít. 13, ley 12). Ahora puede procederse así, por acuerdo del acreedor, aunque no haya precedido pacto. Respecto de la hipoteca, no faltan precedentes en derecho romano.

(2) Vid. mi *Reorganización del Notariado, del Registro de la propiedad y de la Administración de justicia*, Madrid, 1890-93, pág. 121.

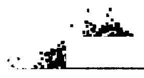
do hacerlo constar así por nota en el Registro de la propiedad sin anuencia ni intervención del deudor ni de tribunal ú otra autoridad (1).

8.° **Derecho de transigir y de comprometer en árbitros y amigables componedores.**—Cuando entre dos ó más sujetos ó entidades ha surgido una contienda jurídica, ó amenaza surgir, por no apreciar todos de igual modo la naturaleza, el alcance ó las consecuencias de una relación determinada de derecho que los liga ó en que se hallan interesados, pueden decidirla privadamente, con entera independencia de las leyes y del poder público, de una de estas dos maneras:—1.ª Directamente por sí, transigiendo, cediendo cada uno algo de su derecho ó de lo que tiene por tal, ajustando cierta forma de convenio-sentencia que tiene toda la fuerza de la cosa juzgada y recibe en el Código civil nombre de *transacción* (artículos 1809 y 1816):—2.ª Sometiendo la duda ó la diferencia á juicio de una ó más personas que merezcan su confianza, aunque no sean jueces oficiales y ni siquiera letrados, que es á lo que el mismo citado Código llama *compromiso* (artículos 1820 y 1821).

La facultad de comprometer en árbitros ó en arbitradores es tan natural, tan de esencia y tan obvia, que viene consagrada en todas las legislaciones desde una antigüedad bastante remota (India, Grecia, Roma). De igual modo que los particulares pueden crearse circunstancialmente un derecho civil propio ó aceptar el definido por el legislador, á elección suya, pueden asimismo instituirse una jurisdicción adventicia propia para negocios determinados, confiándose

---

(1) Se lo apropia, á despecho del artículo 1859, según el cual «el acreedor *no puede apropiarse* las cosas dadas en prenda ó hipoteca ni disponer de ellas.» Alguna vez se ha pretendido anular ventas de esta clase, dando por sentado que envolvían pacto comisario, prohibido por derecho; pero el Tribunal Supremo no ha entrado en ese modo de ver, manteniendo la validez del contrato como contrato de venta. (Sent. de 3 Marzo 1866).



á «jueces avenidores», componedores ó árbitros de su elección, ó servirse de los jueces y tribunales de oficio constituídos por la nación; y en este segundo caso, prorrogar la jurisdicción al de su preferencia en cualquier punto del territorio, ó abandonarse á la designación hecha por la ley procesal, no siendo en rigor tales organismos oficiales sino una institución supletoria de la del compromiso, y las reglas sobre competencia un modo también de suplir la falta de acuerdo, ó la falta de expresión de su voluntad, por parte de los litigantes.

«Toda contestación entre partes (dice la ley de Enjuiciamiento civil), antes ó después de deducida en juicio, y cualquiera que sea su estado, puede someterse al juicio arbitral ó al de amigables componedores por voluntad de todos los interesados, si tienen aptitud legal para contraer este compromiso.» (art. 487: cf. Código civil, arts. 1820 y concordantes). «Los amigables componedores deciden las cuestiones sometidas á su fallo sin sujeción á formas legales y según su leal saber y entender.» (art. 833 de la misma ley procesal). Por consiguiente, no necesitan conocer el derecho positivo: para ser elegible, basta hallarse en el pleno goce de los derechos civiles, ser mayor de edad y saber leer y escribir (artículo 827).

Tal es el criterio fundamental por lo referente al compromiso. Cuando el tribunal privado falta, entra en función uno de los de oficio, designado del siguiente modo: — «Será juez competente para conocer de los pleitos á que dé origen el ejercicio de las acciones de toda clase, aquel á quien los litigantes se hubieren sometido expresa ó tácitamente. Se entenderá por sumisión expresa la hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente á su fuero propio y designando con toda precisión el juez á quien se sometieren. Fuera de los casos de sumisión expresa ó tácita de que tratan los artículos anteriores, se observarán las siguientes reglas de competencia: 1.ª... 2.ª...» (Ley de Enj.º civil, arts. 56, 57, 62...).

Esto último nos enseña que el régimen individual de la justicia basado en el «compromiso» es susceptible de una cierta organización corporativa, de carácter permanente, análoga á la de la justicia oficial. Así nacieron en la Edad Media los «juzgados consulares,» que decidían las contiendas verbalmente y por prácticas, sin estrépito ni figura de juicio (1); y esa tendencia llevan los Reales decretos de 9 de Abril de 1886 y 14 de Noviembre de 1890, al promover la agrupación libre de intereses homogéneos en forma de Cámaras de Comercio y Agrícolas, dotadas de una jurisdicción voluntaria análoga á la de los Consulados medioevales, para «resolver como Jurado, y con arreglo á las condiciones que voluntariamente establezcan las partes interesadas, las cuestiones que los comerciantes, industriales, navieros y agricultores sometan á su decisión, etc.» (2) Una jurisdicción parecida ha creado la costumbre del pueblo para ciertas ramas de la policía rural, siendo tipo de ellas el «Tribunal de Aguas» de Valencia y las «Cortes de pastores» de Castellón (3).

9.º **Derecho de ocupar tierras para labor en el monte común.**— El Código civil español circunscribe su doctrina de la «ocupación» como modo de adquirir á la caza y pesca, al tesoro oculto y á las cosas muebles abandonadas (arts. 610 y sgs.); pero ha estado reconocida fuera de él y se practica aún la presura y escalio, «derecho de acotar para sí el espacio de tierra común inocupada que un vecino se proponga poner en cultivo y de retenerla mientras la siga cultivando, sin que la autoridad pública se lo pueda estorbar.»

(1) *Código de las costumbres marítimas de Barcelona, ó Libro del Consulado*; trad. castellana de Capmany. Madrid, 1791, pág. IX; cf. pág. XI, referencia á las Ordenanzas del Consulado de Burgos.

(2) Art. 2.º, §§ 11, 12 y 13 del primero de aquellos dos decretos orgánicos; art. 5.º, § 5.º del de 1890.

(3) Descritos en mi *Colectivismo agrario en España*, Madrid, 1898; § 66, págs. 541-544.

Ha regido, y en parte sigue vigente todavía, por ley ó por costumbre, en toda la Península:—en Aragón, por uno de sus Fueros generales, f. único *de scaliis*, del año 1347; por estatutos municipales, tales como los de 1467, 1490 y 1583 de Zaragoza; por otras ordinaciones y fueros locales, de Teruel, Mosqueruela, Daroca, Tarazona, Barbastro, Ejea de los Caballeros, etc.; y por práctica general, observada actualmente en Boltaña, Murillo de Gállego, valle de Serrablo, Puebla de Roda, Bonansa, etc.;—en Navarra y la Castilla del Ebro, por el Fuero general, lib. VI, tít. 2, cap. 1; por el Fuero de Arguedas, año 1092; por el de Logroño, coetáneo suyo, de observancia casi general en las poblaciones de la Rioja y Provincias vascongadas; y por la costumbre, viva todavía hoy, por ejemplo en el valle de Siete Villas;—en Vizcaya, por los Fueros generales del Señorío, tít. XXXIV, ley 4, y por Ordenanzas locales, tales como las de Deva, Bermeo, Portugalete, etc.;—en Cataluña, por la observancia ó usage 72 de los de Barcelona, conocido por usage «Stratae», declarado en 1068 y que es general; por ordenamientos especiales, tales como el Fuero de Tortosa, lib. I, rub. I, § 6; y por la costumbre local, perpetuada hasta nuestros días, por ejemplo en Pardinas, Caralps, Ogassa, Tossas, etc., de la provincia de Gerona;—en Valencia, por sus Furs y Privilegis, lib. II, tít. 2 de la edición de Tarazona;—en Asturias, por una ordenanza de las generales del Principado formadas en 1594, y por muchas otras locales, tales como las de las feligresías del concejo de Aller, todavía en vigor;—en Castilla, Extremadura, Murcia y Andalucía, por virtud del *jus adprissionis*, constitucional desde los comienzos de la Reconquista; por una ley general que en el siglo XIV encontró eco en el Ordenamiento de Alcalá; por diversos Fueros municipales, tales como los de Roa, Cáceres, Lorca, Soria, Santander, etc.; por costumbre antigua general, que en el siglo XVI registraron Luis Mexía con referencia á la tierra de Cuenca y Alarcón y otras comarcas del reino castellano, y las

Descripciones de pueblos de España escritas en tiempo de Felipe II y todavía inéditas, respecto de otras varias localidades; y por práctica guardada aun en la actualidad, por ejemplo, en Arenas de San Pedro (Avila), en las poblaciones del antiguo condado de Niebla (Huelva) y en las de la zona entre andaluza y extremeña de la Mancha aludidas por Oliveira Martins (1).

La fórmula de reconocimiento de esa libertad, usual en diversos Fueros municipales de los siglos XI á XIV, Hinestrosa, La Guardia, Arganzón, Navarrete, San Vicente de la Sosierra, Labraza, Logroño (y por consiguiente, Miranda de Ebro, Santo Domingo de la Calzada, Vitoria, Laredo, Castrourdiales, Briones, Salvatierra, Orduña, Azpeitia, Tolosa, etc.), estaba concebida en los siguientes términos: «Doquier que estos pobladores fallaren tierras desiertas dentro de su término non labradas, lábrenlas; é doquier que fallaren hierbas para pacer, pázcanlas, é esomesmo ciérrenlas para facer feno é para que pazcan los ganados; é doquier que fallaren aguas para regar huertas ó viñas, ó para sus molinos, ó para sus huertos, ó para otras cosas que les menester hicieren, tómenlas; é doquier que fallaren leñas, é montes, é árboles, para quemar, ó para hacer casas, ó para todo lo que menester les hiciere, tómenlo sin ninguna ocasión.» (2).—La costumbre iba todavía más lejos, según testimonio del Fuero Viejo de Castilla (lib. IV, tit. 3, ley 3), pues hacia extensiva esa facultad de ocupar por propia autoridad tierras para labor á las de dominio privado, si bien con una limitación idéntica á la que tiene admitida la rama templada del colectivismo agrario de nuestra edad.

---

(1) Puede consultarse el pormenor en mi cit. *Colectivismo agrario en España*, §§ 21-24 y § 53, págs. 269-283 y 437-439.—En este índice que acabo de estampar en el texto me he limitado á la ocupación de tierras para labor, haciendo caso omiso del derecho de acotar pastos y de plantar árboles en suelo común, materia de estudio en el citado libro.

(2) Vid. indicación de las fuentes en mi cit. *Colectivismo*, § 53, pág. 437-438.

10. Inculpata tutela: facultad de defender cada uno su persona y sus derechos y la persona y derechos de sus parientes.—Otra de las atribuciones primordiales y constitucionales de la persona individual en cuyo ejercicio la representación social no puede subrogarse ni se ha subrogado nunca, limitándose á servirle de complemento, y que hace innecesario en principio el concurso de la ley y de la autoridad,—es el uso de la *vis privata* contra toda injusta agresión: el derecho de legítima defensa, que decimos. La garantía de su persona y de todo cuanto le es anejo y le pertenece la tiene cada cual, primeramente, en la persona misma y en su asociación libre ó moral con los suyos: para suplir las deficiencias de esa guarda individual y minorar los riesgos que corremos en la convivencia de unos con otros y que correríamos igualmente fuera de ella, viene en segundo término la fuerza de la colectividad social, organizada por el Poder público. Yerran en este punto Haus, Pacheco, Ortolán y otros penalistas al invertir ese orden, considerando el derecho de rechazar privadamente la fuerza con la fuerza como secundario y supletorio de la guarda social, legítimo sólo cuando ésta no se halla presente ó es insuficiente. Con razón el Código penal se abstiene de enumerar entre las circunstancias que han de concurrir en la defensa de sí propio para que sea legítima y exima de responsabilidad, la ausencia de la Guardia civil ó de los agentes de seguridad.

El modo como dicho Código, en su artículo 8.°, reconoce este derecho es indirecto, declarándolo y sancionándolo en sus consecuencias penales: «*No delinquen*, dice, y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal, los que obran en defensa de su persona ó derechos, siempre que concurran las circunstancias siguientes...» (Igual declaración hace con respecto á la defensa de la persona y de los derechos de sus ascendientes, etc., y aun de los extraños concurriendo ciertas circunstancias). El Código penal francés observa el mismo método: «*Il n' y a ni crime ni delit...* no exis-

te delito, cuando el homicidio, las heridas y las contusiones fuesen exigidas por la necesidad actual de la legítima defensa de sí propio ó de otro.» La jurisprudencia romana procedía más bien por vía de afirmaciones (1).

Sabido es, por otra parte, que los particulares son libres de constituirse una policía de seguridad distinta de la pública; y así vemos en las ciudades *serenos* costeados por suscrición del vecindario de una calle ó de un trayecto de ella, para vigilar sus casas y establecimientos durante la noche (2); y para la custodia de montes y campos, *guardas*, jurados ó no, nombrados y pagados por un sólo propietario ó por varios. «Los propietarios rurales (dice el Reglamento del ramo) pueden, siempre que lo crean conveniente, nombrar guardas para la custodia de sus propiedades y de sus cosechas ó frutos, imponerles las obligaciones que estimen oportunas y asociarse unos con otros para este objeto, bajo las condiciones que entre sí convengan y pacten, sin que para nada de esto tenga necesidad de recurrir á ninguna autoridad ni obtener de ella la aprobación de sus convecinos» (3).

II.° Derecho de prendar y retener. — Otro caso de apoderamiento y retención de bienes ajenos sin intervención de autoridad pública es el del dueño ó poseedor de una tierra

---

(1) *Quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure suo fecisse existimatur* (Digesto, ley 3 de just. et jure etc.)—*Recte possidenti, ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet* (Codex, unde vi, 8, 4, l. 1).

(2) Véase como ejemplo las Ordenanzas de Madrid de 1892, arts. 38-40.

(3) *Reglamento para los guardas municipales y particulares del campo* fecha 8 de Noviembre de 1849.—Esos guardas particulares pueden ser asimilados á los de la municipalidad y tener carácter público para el efecto de que sus declaraciones hagan fe y puedan usar distintivo y exigir prenda á los que denunciaren, cumpliendo ciertos requisitos que el Reglamento citado determina en sus artículos 32 y siguientes.—Cf. la adición al Reglamento de la Guardia civil fecha 9 de Agosto de 1876, arts. 82 y siguientes.

respecto del ganado ajeno que sorprendiere haciendo daño ó paciendo en ella sin consentimiento suyo. Ya el Fuero Juzgo autorizaba al que encontrase en su viña, miés, prado ó huerto caballos ajenos ú otra clase de ganado, para encerrarlos en su casa, con obligación de avisar al dueño, á fin de justipreciar el daño con intervención de vecinos: la retención podía durar hasta tres días (lib. VIII, tít. 3, leyes 13 y 15). Según el Fuero general de Vizcaya, cuando algún ganado entra de día en panes, viñas, manzanales, viveros ó huertas, el dueño de la heredad «puede encorralar y prendar los tales ganados, podiéndolo hacer y tomar las prendas hasta en tanto que sea pagado y satisfecho, ó se le dé prenda que lo vala; y si no las pudiere encorralar porque le huyeron, en tal caso, con la dicha información y juramento, el dueño de los tales ganados ge los dé y entregue para que los tenga encorralados, ó prendas que lo valan, para que las tenga hasta que sea pagado...» (1).

Los Estatutos y Ordinaciones de Montes y Huertas de Zaragoza autorizan á los «herederos» (dueños de heredades), como asimismo á sus hijos y dependientes, para prendar no sólo los ganados, sino que además las personas, que hallaren haciendo daño en cualquier clase de heredades, «aunque no sean suyas propias,» recibiendo como remuneración y estímulo el dinero de la multa (2). Un estatuto así equivale á declarar guardas de oficio á todos los labradores en general, como lo son hoy en algunos lugares, por ejemplo en Barbadillo de Herreros y en Bezares (Burgos) (3). Por la facería que

---

(1) *El Fuero, privilegios y libertades de los Caballeros hijosdalgo del señorío de Vizcaya*; tít. XXXIV, ley 2.ª La redacción es de 1526. — En Inglaterra, esta facultad ó derecho personal se denomina *saisie*.

(2) *Estatutos y Ordinaciones acerca de las lites y diferencias que se pueden ofrecer en las cosas tocantes y pertenecientes á los Montes y Huertas de la ciudad de Zaragoza*, cap. 204 (Zaragoza, 1625, pág. 120: cf. cap. 203, pág. 114). La redacción es de 1593.

(3) Según Serrano Gómez, apud *Revista general de Legislación y Jurispru-*

rige actualmente entre Sare (Francia) y Vera (España), los particulares de uno y otro concejo pueden pignorar bestias y hacer pagar la multa á los dueños, «cuando no tienen guarda jurado junto á sí.» (1). Lo ordinario ahora en muchas provincias de España parece ser que la retención y custodia de los animales prendados, sobre todo siendo forasteros, se verifique en un local público, llamado «corral de concejo», á cargo de un funcionario especial, que lo es el guarda, el tabernero ó el alguacil (2).

12.° **Derecho de constituirse libremente en concejos y cantones voluntarios para fines de cooperación.** — Los concejos, lugares, pueblos, feligresías ó parroquias de las provincias septentrionales de la Península,—agrupaciones naturales de familias agricultoras y ganaderas, células elementales del cuerpo político de la nación,—constituyen un vasto sistema de cooperación libre, ajeno de todo en todo á la ley, que desmembra sus atribuciones á los municipios de que legal y nominalmente forman parte, y que en cierta medida realiza el bello ideal de los libertarios (3). El Estado español no las conoce: cuando

---

dencia, tomo 91, Madrid, 1897, pág. 450; y *Derecho municipal consuetudinario de España* (en prensa), t. II, pág. 381.

(1) W. Webster, *Les faceries ou conventions communales dans le pays basque*, Bagnères de Bigorre, 1892, pág. 10.

(2) *Derecho municipal consuetudinario* cit., t. II, págs. 19, 383, 385, etc. Á un género de conceptos análogo responden:—1.° En derecho romano, la facultad de recuperar á viva fuerza la posesión de una cosa de que uno hubiese sido despojado violentamente, con tal de hacerlo en el mismo acto, *in ipso congressu* (Digesto, de vi et vi armata, 43, 16. fr. 17):—2.° En Inglaterra, la *nusance* y *recaption*, facultad reconocida á los particulares de derribar ó apartar por sí lo que ilegalmente les perjudica ó empece á su derecho, y de rescatar personalmente lo que les ha sido quitado, sin necesidad de invocar la protección ó la mediación de la autoridad social mediante la acción reivindicatoria ó los interdictos de obra nueva ó de recobrar la posesión.—Igual derecho compete en Aragón al dueño de una heredad respecto de las ramas de los árboles ajenos que se extienden sobre ella, según los comentaristas del fuero *de confin. arbor*.

(3) Salvo en cuanto al comunismo, que aquí es solo embrionario: vid. mi cit. *Colectivismo agrario en España*, particularmente los capítulos VII, XI y XVI.

sus autoridades gubernativas han tenido que pronunciarse acerca de ellas, les han negado jurisdicción, y hasta personalidad para comunicarse directamente con la Administración pública; les han negado facultad para reglamentar su policía, para publicar bandos, para imponer multas (2); y sin embargo, existen, florecientes y lozanas, y aun puede decirse que en la jerarquía de organismos sociales que componen el variado cuadro de nuestra Constitución, esos son los únicos vivos y reales, los únicos que se han engendrado dinámicamente, en un concurso verdad de las voluntades individuales, los únicos que realizan de una manera eficaz, espontáneamente y sin sanción coercitiva exterior, el fin social de agrandar y robustecer la esfera de acción del individuo y su potencia moral y económica, mediante el auxilio constante, positivo y práctico, que recibe de los demás de su agrupación, convertido en buena parte el trabajo individual aislado en trabajo cooperativo, en trabajo social. Mientras el municipio abstracto de la ley no da á sus gobernados más que derechos, policía, bandos, elecciones, presupuestos, contabilidad, papel, mucho papel, esa otra comunidad consuetudinaria, desdeñada por el legislador, regida autonómicamente por los individuos mismos que la componen, en forma de democracia directa (1), les procura hierbas y pastor, semental y seguro, para su ganado, tierras y simiente para su labranza, huerto para su potaje, riego para sus prados, prestación vecinal, con la lorra y andecha, para sus labores, madera para sus edificaciones, herrería para sus aperos, artefacto para su molienda, médico para sus enfermedades, preces y sufragios para su alma (3).

---

(1) Así, las Reales órdenes de 30 de Enero de 1875 y 8 de Octubre de 1889, que torcieron, por rutina burocrática y espíritu de simetría centralizadora, el sentido generoso, aunque vago é inconcreto, de la revolución de 1868, manifiesto en el art. 85 de la ley Municipal de 1870, 90 de la vigente.

(2) Sobre esto, véase el cit. *Derecho municipal consuetudinario de España*, t. II, págs. 112-113, 120, 269-283.

(3) Materia de tanta fecundidad y transcendencia no ha empezado á ser

En cuanto á las municipalidades que diríamos legales, regidas por Ayuntamientos, la ley Municipal reconoce á éstos el derecho de «formar entre sí y con los inmediatos asociaciones y comunidades para fines de seguridad, instrucción, asistencia, policía, guardería rural, construcción y conservación de caminos, aprovechamientos vecinales ú otros servicios de índole análoga; las cuales serán siempre voluntarias, etc...» (1)

13.° **Derecho de transferir su personalidad jurídica á otros individuos ó á entidades sociales.**—A diferencia de los Estados sociales, el Estado individual es fundamentalmente anorgánico: carece de órganos; es el individuo mismo, en la unidad é integridad de todo su ser, quien sirve de órgano ó instrumento universal á todas las funciones de su vida, por tanto á las jurídicas, legislativa, ejecutiva, judicial y reguladora, sin posible división del trabajo ni de los poderes. Pero sucede que aun llegado á la plenitud de su desarrollo, la esfera de su actividad es siempre más reducida que la de sus fines, y por tanto que la de sus necesidades; y ya tiene que ejecutar á la vez una pluralidad de actos, ya personarse simultáneamente en diversos lugares, hacer valer un derecho no obstante hallarse ausente ó impedido, etc. El conflicto se salva con lo que se ha llamado *representación*, mediante la cual el individuo transfiere á otra persona su poder (su capacidad de obrar) para que ejecute en lugar suyo, para él y bajo su responsabilidad tales ó cuales actos, los cuales, por eso, no son actos del representante, aunque materialmente los ejecuta, sino del representado.

estudiada hasta ahora. De ella me propongo ocuparme por separado. Se encontrará materiales dispersos en los dos citados libros *Colectivismo agrario en España* y *Derecho municipal consuetudinario de España*. La Real Academia de Ciencias Morales y Políticas ha tenido el buen acuerdo de llamar la atención de los estudiosos hacia este aspecto de la vida nacional, por medio de concursos especiales sobre el tema *Derecho consuetudinario y Economía popular*.

(1) Artículo 75 de la ley Municipal de 1870; 80 y 81 de la de 1877.

Pues bien; en los términos del Código civil, el individuo puede transferir su personalidad jurídica á otro individuo, como asimismo á una entidad social, para tomar posesión de bienes y ejecutar toda clase de actos de dominio, hacer donaciones, comprar, vender, arrendar, prestar, tomar dinero á préstamo, hipotecar y pignorar, pagar, cobrar, arrendar, desahuciar y en general administrar, girar letras, depositar y retirar depósitos, partir herencias, transigir derechos, comprometer en árbitros y designarlos, litigar, prorrogar la jurisdicción á los jueces, ejecutar los propios contratos y el testamento, asistir á juntas, expresar el consentimiento en el matrimonio; hasta para nombrar apoderado y autorizar á su mujer á que lo sea...; todo ello sin traba ni limitación de ninguna especie, libremente, por la sola autoridad del individuo mismo representado, sin que poder alguno social tenga que intervenir, sin que la persona del mandatario tenga que ser pública (1)...

*
* *

Existe ya, como se ve, en nuestras sociedades un vasto sistema civil y político que se desarrolla fuera del alcance de la ley oficial, con entera independencia de los poderes nacionales, aunque compenetrado con ellos; toda una fisiología social y una biología muy diferentes de las que nos han sido enseñadas en las escuelas y han servido de patrón para construir históricamente la ciencia política. El individuo se halla menos ligado de lo que pensábamos, juzgando por las apariencias, á la ley social. Nada nos impide ser los legisladores de nuestra propia vida, regir nuestros actos por normas propias de derecho, permaneciendo extraños á la confusa balumba de la legislación y dejándola reducida á una

(1) Fuera del caso de los procuradores colegiados, para ciertas clases de pleitos, que es un accidente.

estéril posibilidad sin aplicación presente para nosotros, y por tanto, sin necesidad de conocerla (1).

Urge sistematizar ese aspecto oculto de nuestra Constitución interna, no menos sustantivo ni menos necesario que el que conocemos y con el cual corre confundido; practicar un deslinde; desentrañar todo su contenido; restituirle cuanto resulte que verdaderamente es suyo, y al propio tiempo cultivarlo; todo, con desinterés y ánimo sereno, sin inclinarse por rutina y respeto á los siglos del lado del «autoritarismo,» ni por pasión y ansia de novedades del lado de los «libertarios.» Entonces se verá en qué tanto la doctrina del Estado individual, desarrollada y transportada á los hechos, puede brindar solución al problema de la ignorancia del derecho.

Mientras tanto, exploremos por nuevos rumbos, sin apartarnos ya del punto de vista tradicional y conservador: acaso la clave, ó una de las claves, para despejar la incógnita ó para descubrir carrera por donde despejarla, se encuentre en la teoría de la costumbre jurídica y de su relación con la ley, con la soberanía y con la autoridad, planteada de primera intención, con lucidez admirable, por nuestros antiguos juristas y teólogos, oscurecida por los modernos y resuelta contra la razón y contra la historia por el artículo 5.° del Código civil.

---

(1) La razón de que, eso no obstante, que no obstante las vastas amplitudes que ya hoy alcanza, según acabamos de ver, la libertad civil, se imponga aun la necesidad de un voluminoso conjunto de fórmulas generales de testamentos, de contratos matrimoniales, ventas, arrendamientos, préstamos, prenda, hipoteca, fianza, sociedad, mandato, servidumbre, etc., articuladas en los Códigos en concepto de derecho supletorio, la he expuesto en el libro *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, Madrid, 1883, capítulos IV, V y VI, especialmente páginas 184-190; y en *Teoría del Hecho jurídico* ya citada, principalmente págs. 90-91 y 107-108.

IV

UNIDAD É IDENTIDAD DE LEY Y COSTUMBRE. LAS LEYES SE PROMULGAN SIEMPRE AD REFERENDUM.

En el siglo XVI, y en el XVII, y en el XVIII, los jurisconsultos y teólogos españoles se clasificaban, en orden á la soberanía ejercida ó manifestada por vía de costumbre, en dos grupos: uno, no obstante su exaltado monarquismo, admitía la costumbre contra ley, y era en el fondo más liberal que los liberales de nuestro tiempo; el otro condenaba la costumbre contra ley en nombre de sus principios absolutistas, y era más lógico que los liberales de nuestro tiempo.—Al primer grupo pertenecen Covarrubias, Azpilcueta Navarro, Escobar, Caramuel y otros, los cuales decían, y decían bien, que el soberano tiene su autoridad dependiente del pueblo, y que por esto no puede promulgar una ley sino á condición de que el pueblo la acepte, y que el pueblo puede legítimamente abstenerse de aceptar, ó sea de cumplir una ley y desusar la que una vez aceptó.—En el segundo grupo, el grupo de los lógicos, figuran, con otros, Mujal y el Colegio de Abogados de Madrid en el siglo pasado. Mujal era un catedrático catalán, de la Universidad de Cervera, y en una tésis que se hizo famosa, impugnando la legitimidad de la costumbre, razonaba así contra el grupo anterior de pensadores: «Introducir costumbre y constituir ley es una misma cosa, dado que aquélla tiene la misma fuerza que ésta: por consigniente, los que pretenden que el pueblo puede en un Estado monárquico abrogar una ley por una costumbre contraria, no sólo suponen al pueblo potestad legislativa; suponen que esa potestad del pueblo es superior á la del soberano, y esto es absurdo, porque vale tanto como suponer que el

inferior tiene potestad sobre el superior, tanto como suponer que una misma cosa es juntamente superior é inferior. Los que no ven este defecto de potestad en los pueblos sujetos á monarca, lo tienen en su entendimiento, ó acaso en su voluntad, no queriendo verle.» — El Colegio de Abogados de la corte, en un escrito célebre, impreso á raiz de aquellas revueltas de 1766 que ensangrentaron las calles de Madrid, de Zaragoza y de algunas otras ciudades de la Península, preludiando la revolución que aún tardó algunos años en estallar en Francia, decía alarmado en una de sus conclusiones: «Sostienen no pocos escritores que las leyes y providencias, sean civiles ó eclesiásticas, no obligan si no tienen la previa aceptación del pueblo; y tratándose de un Estado monárquico como el nuestro, ¿qué efecto podrá causar semejante doctrina después de las turbulencias que acaban de pasar á nuestra vista?»

Nótese bien: el grupo de legistas y teólogos ilógicos, pero liberales, opinaba que si bien el rey es el órgano de la legislación, el pueblo es el señor del derecho, por donde, si una ley no le conviene, la desusa y se da otra á sí propio en forma de costumbre: el segundo grupo de juristas juntaba en su doctrina dos virtudes que faltan en la doctrina de los modernos: era lógico, puesto que sostenía que el pueblo no puede introducir costumbre contra ley en los Estados monárquico-absolutos, porque allí la soberanía reside en el rey, pero reconocían potestad en él para introducirla en los demás Estados donde la soberanía reside en el pueblo. Es decir, en conclusión, que todos los jurisconsultos, desde el siglo XVI hasta los albores del XIX, incluso Gregorio López, incluso Francisco Suárez, incluso Domingo Soto, incluso Mujal, incluso los Abogados del antiguo Colegio de Madrid, si vivieran hoy, admitirían sin reservas, aplicando su doctrina al régimen constitucional imperante, la costumbre contra ley y el derecho en el pueblo á no aceptar, á no cumplir, y en todo caso á desusar cualquier clase de leyes.

En nuestro siglo, aquella doctrina ha sufrido un retroceso de que es fuerza volver, sometiendo á nuevo análisis y revisión los conceptos de legislador y de legislado, súbdito y soberano, obediencia é inobediencia del derecho. Repárese de qué modo, los liberales de las dos últimas generaciones, amamantados en las ranciedades doctrinarias del año 30, han venido ostentando, y todavía ostentan, una personalidad doble, y cómo los esfuerzos de la Filosofía jurídica han de dirigirse lo primero á reducir esas dos personalidades á una sola: en cuanto políticos, proclaman la soberanía del pueblo; en cuanto jurisconsultos la niegan, negando al pueblo la facultad de legislar en forma de *desuso* y de *costumbre contra ley;* y como la soberanía declarada ó reconocida en la Constitución no es más que una palabra; como la soberanía, donde tiene su eficacia es en la vida,—es claro que, negándola en la vida, aunque la proclamen en la Constitución, que es un papel, los liberales lo son sólo de aprensión, de hecho son absolutistas, sin más diferencia respecto de los devotos del régimen antiguo, que en vez de colocar la fuente viva, real, de la soberanía en un rey, la trasladan á su propia persona en su calidad de órganos del Estado oficial. Desorientados por la apariencia externa, diríase que ven las cosas á través de una lente biconvexa: «Yo soy Diputado á Cortes, yo soy Senador del Reino, yo soy Ministro de la Corona: por consiguiente, soy legislador, y siendo legislador, claro está, soy soberano: el pueblo está ahí para obrar como yo disponga, y para cambiar de dirección y de conducta cuando á mí me plazca; si no hace caso de *mi* ley, de *mi* reglamento ó de *mi* real orden, es que me desobedece, y debo compelerle y extirpar la regla que ha osado estatuir enfrente de la mía, sin mi conocimiento y contra mi voluntad.»

Pues bien, señores, este razonamiento será exacto invirtiéndolo: «Tú, Diputado, Senador, Ministro, eres el súbdito, y el pueblo el soberano: derecho positivo que verdaderamente sea derecho, no hay otro que aquel que el pueblo dicta

expresamente en sus hechos al Ministro ó al Diputado, ó el que el Diputado ó el Ministro saben adivinár en las elaboraciones más ó menos calladas de la opinión: si el pueblo crea una costumbre «fuera de ley,» es que su órgano para la función de legislar se distrajo y no vió que existía allí una necesidad demandando plan, regla, para satisfacerse; si el pueblo crea una «costumbre contra ley», es que el legislador, por distracción, por precipitación ó por soberbia, no comprendió la naturaleza de la necesidad ó no quiso comprenderla, y le impuso una norma que no le era adecuada, que le venía ancha, que le venía estrecha, ó que le era enteramente exótica. Y en ese caso, señores, no digamos que el pueblo ha sido infiel á la ley, sino que el legislador ha sido infiel al derecho: no es el pueblo quien desobedece al legislador, es el legislador quien desobedece al pueblo, único soberano. Ni siquiera hay, en realidad, costumbre según ley, fuera de ley y contra ley, conforme á la añeja distinción de los juristas y de los leguleyos; lo que hay es *ley según costumbre*, *fuera de costumbre* y *contra costumbre*, y lo que se debe indagar es cuál de estas tres categorías de ley es la legítima, caso de que alguna lo sea. Siempre que el problema se ha planteado desde el punto de vista de la ley considerada como fuente primordial, como fuente normal y regular, y en una palabra, como tipo, para decidir á cuál especie de costumbre reconocería carácter de derecho positivo y á cuál no, la multitud se ha llamado á engaño, apresurándose á rectificar: «Tengo el honor, o pueblo, de presentarte á la costumbre...» —«¿Y á ti, quién te presenta, oh legislador? ¡Si soy yo, yo el pueblo, yo el soberano, hoy lo mismo que ayer, en el régimen constitucional como bajo el régimen absoluto, quien debo presentártela á ti para que la acates y reverencies y te guíes y gobiernes por ella!»

El legislador no tiene derecho á mandar aquello para que el pueblo explícita ó implícitamente no le autoriza, y seguramente que no le había autorizado para mandar lo dispuesto

en una ley que el pueblo no cumple ó deja caer en desuso. El legislador es un representante, es un órgano, es un criado, es un escribiente, es una mano que escribe al dictado del pueblo: cuando esa mano, cuando ese escribiente se rebela y escribe cosa distinta de lo que le dictó su amo, lo he dicho ya, el amo se llama á engaño y niega su firma y su sanción á lo escrito, ni más ni menos que lo que ese mismo legislador como persona privada hace con sus amanuenses, secretarios ó apoderados cuando exceden el límite de los poderes que les confirió, cuando por negligencia, por ignorancia ó por malicia interpretan mal sus instrucciones, su dictado, su voluntad. Se les estaría bien á los tales, y sería para ellos de gran enseñanza y motivo de reaccionar, que un día su ayuda de cámara les reconviniese y conminase por desobedientes, diciéndoles: «A mí me ha parecido, señor, que dormiría usted mucho mejor, libre del estruendo de la calle y del acceso de los microbios patógenos, debajo de los colchones, los cuales, además, amortiguarían el golpe de las vigas y del cascote si un día viniera á desplomarse el techo: por esto le puse allí las sábanas; pero observo que todas las noches se acuesta usted encima, creando una costumbre contra ley: es usted un desobediente, y voy á imponerle una multa.» No lo tomen á exageración: cuando en 1863 se tropezó con el inconveniente de que la ley Hipotecaria no se adaptaba bien ni podía aplicarse á la propiedad territorial tal como ésta se halla constituída en las provincias del Noroeste de la Península, ¿qué hizo la Comisión de Códigos? ¿renunciará la ley? ¿reformarla? No; decidir la contienda á favor de la Gaceta contra la realidad; declarar perfecta la ley y defectuosa la constitución de la propiedad, é imponer aquélla á ésta como un pie forzado para que á su presión se modificase, hasta encajar cumplidamente en sus moldes (1); repitiéndose el caso de aquel bebedor á quien re-

(1) Vid. *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*, publicada por la Revista general de Legislación y Jurisprudencia; Madrid, 1871; apend. 18, pág. 533.

chazaban por falsa una moneda porque sonaba á plomo al ser batida para contraste contra el mármol del mostrador: «No, decía él; mi peseta es legítima: el falso es el mármol.» ¡Y luego nos reímos de aquellos pobres negros de Guinea, que, cuando uno enferma, le aplican el fetiche, y si á pesar de eso no se cura, culpan, no al fetiche, sino al enfermo, que deja desairado y en evidencia el poder de la divinidad, y en desagravio de ésta... estrangulan al enfermo!

Consiste esto en que el liberalismo no ha dejado todavía los andadores de la infancia; que no se ha movido aún del lugar en que lo dejó hace más de medio siglo Donoso Cortés, aquel ilustre doctrinario, que aventajó en brillantez de concepción al mismo Guizot y Perier, inventores del sistema. Lo mismo que él, siente aversión á la llamada soberanía de derecho divino, considerándola atentatoria á la dignidad del hombre; pero no se decide á reemplazarla por la soberanía del pueblo, al menos activa, porque la encuentra destructora de esa uniformidad militar que le seduce, y discurre sustituirla por una co-participación de lo más original que se ha inventado en la historia. Tú, pueblo, y yo, legislador, ejerceremos mancomunadamente la soberanía: teóricamente, ésta residirá en ti, y nada más que en ti, pero á condición de que sea yo, y nada más que yo, quien la ejerza; ó más claro: cada año la ejercerás tú un día, el día de las elecciones, y yo los trescientos sesenta y cuatro días restantes. Y con efecto, el día de las elecciones se le pone al pueblo manto de púrpura en la espalda, corona de oro en la cabeza: el aspirante á legislador, postrado de hinojos delante de él, proclámale *Caesar*, *rex sui juris*, lo agasaja y adula, agotando el manual del perfecto cortesano; solicita de él como un favor la carga de servirle de balde. Pero cayó la papeleta, como si dijéramos el cetro, en la urna y se acabó la soberanía: el diputado, el senador, el ministro desciñen al pueblo la corona, echan una losa sobre su voluntad, le mandan como á un recluta, llévanlo al calvario del Congreso, lo cru-

cifican á discursos y á leyes imperativas y le condenan por desobediente y mal criado si se permite tener opinión sobre lo que más le conviene y traducirla en un desuso, ó en una costumbre, ó en un «se obedece pero no se cumple.» Y esto, no así como quiera, sino con *inri;* en un país donde el vicio del sistema no es siquiera el que Gladstone denunciaba en Inglaterra, la *gerontocracia,* el gobierno por los viejos, sino al revés, la *paidocracia,* el gobierno por los niños, en que el Parlamento ha degenerado en un lugar de juego, adonde los muchachos que no tienen aptitudes ó gusto para el estudio ó para el trabajo van á divertirse impiamente con el país, convertido el sistema, por culpa de hombres que se proponen pasar á la historia con fama de serios, en una especie de candoroso Jesús apartando á los electores de las urnas y diciéndoles con bondad infinita: *Sinite parvulos venire ad me!*

No, no es su soberanía lo que el pueblo transfiere por el hecho de votar á tal ó cual vecino ó ciudadano el día de las elecciones; como no renuncia su personalidad civil, como no renuncia ni suspende su capacidad jurídica ni su facultad de obrar el individuo cuando confiere poder á uno de sus amigos para que obren por él y le representen en determinados actos, juicios, ventas, transacciones, cobros, casamientos, licencias, donaciones, actos de conciliación, etc.: nombra concejales, diputados, senadores, para que se constituyan en órganos suyos de expresión, intérpretes de su conciencia jurídica, y la traduzcan en normas prácticas apropiadas á la satisfacción de las necesidades que al derecho toca satisfacer, pero conservando íntegra y en ejercicio su personalidad, y por tanto, su potestad soberana, que es inalienable, y con ella el poder de iniciativa para legislar directamente por sí, y dicho en términos más generales, para elaborar en persona derecho positivo. En esto no cabe ya dudar: donde la duda podría suscitarse es en la tesis contraria: si no será única, por ventura, en cuanto al contenido

de la ley, la iniciativa social, debiendo el legislador limitarse á ser el artista y como retocador de las elaboraciones consuetudinarias de la colectividad; ó podrá, por el contrario, dicho legislador oficial pensar también por sí, ponerse alguna vez delante.

Así planteada la cuestión, lo primero que la realidad me ofrece tocante al contenido jurídico de las leyes, es un doble género ó una doble manera de ellas.

En unas, el legislador ha recibido ese contenido elaborado ya, tomándolo de la tradición oral, de los actos y contratos escritos, de las declaraciones de los ancianos, y en una palabra, de la vida común, y se ha limitado á depurarlo y ordenarlo, á concertar sus diversos miembros, á darle una expresión concreta en el lenguaje. Sirvan de ejemplo las Observancias de Aragón y los Fueros de Vizcaya; y reducido el caso á una regla suelta, el llamado fuero de Baylio. La villa de Alburquerque pide al Rey en 1778 que sancione cierta costumbre de derecho civil, llamada «de la mitad», que rige en ella desde su fundación por Alfonso Téllez: abre el Rey una información, y se acredita que con efecto la tal costumbre es observada no sólo en Alburquerque, sino también en Jerez de los Caballeros y en todos los valles de su comarca; mediante lo cual se la sanciona y aprueba por una Real Cédula para mientras el pueblo no cambie de modo de pensar: Entendiéndose tal aprobación (dice) «*sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa si* la necesidad y transcurso del tiempo acreditase ser más conveniente que lo que hoy se observa en razón del citado fuero, ó *lo representasen los pueblos*...» (1).—El caso general de Vizcaya es también muy

---

(1) Real Cédula de 20 de Diciembre de 1778. Hoja suelta en la Biblioteca Nacional de Madrid, Sala de Varios, Carlos III, paquete 16 de las en folio, carpeta 4. (Hago esta cita, porque no he visto completo el texto de tan interesante cédula en ningún libro á que pueda remitirme).

Véase otro ejemplo en la novela 106 de las de Justiniano. «Se solicitó de éste una nueva ley sobre el *foenus nauticum* ó préstamo á la gruesa; el empe-

característico. En 1526 reunióse según costumbre, bajo el árbol de Guernica, la Junta general del Señorío con objeto, entre otros, de reformar y reelaborar el antiguo Fuero consuetudinario de la tierra llana, á causa de haber en él «muchas cosas que al presente no hay necesidad de ellas, y otras que de la misma manera, segun curso del tiempo y experiencia, están supérfluas y no se platican; y otras *que al presente son necesarias para la paz e sosiego de la tierra, e buena administracion de la justicia, se dexaron de escribir en el dicho Fuero e se usan e platican por uso y costumbre;* e a las veces sobre lo tal hay pleitos, e reciben las partes mucha fatiga e costa en probar como ello es de uso e de costumbre e se guarda, y esso mismo en probar como las otras leyes que en el dicho Fuero estan escritas se usan e se platican, etc.» La Junta dió comisión á catorce personas de letras y de ciencia y conciencia, especialmente versadas en el fuero viejo y en el derecho popular, para que seleccionaran de aquel lo que estaba todavía vivo, quitando lo supérfluo, desusado y caduco y escribieran lo que se tenía sólo por práctica sin haber alcanzado nunca el beneficio de la escritura. Fruto de la labor de estos comisionados fué el material positivo que una nueva Comisión de dos personas sistematizó en una compilación, ordenándolo por títulos y por capítulos. Su proyecto fué sometido á los diputados y corregidores de la Junta; y revisado y aprobado por ellos, se remitió á la confirmación del Rey, quedando sancionado como ley en 1527 (1).

---

rador encargó á un funcionario público que practicase una investigación acerca de las reglas guardadas en esta clase de contrato, recogiendo los testimonios de los comerciantes bajo juramento; y en vista de tales testimonios, decretó una ley confirmatoria de la costumbre» (Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, lib. I, cap. III, § 30).

(1) Vid. *Fueros, privilegios, franquezas y libertades del... Señorío de Vizcaya*, Bilbao, 1761, introducción.

Las «Observancias» de Aragón eran usos y costumbres que *se observaban* en aquel reino; y adquirieron fuerza de ley desde que por acuerdo de las Cortes celebradas en Teruel el año 1428, fueron recogidas y compiladas por el Jus-

En otras, el contenido de la ley no ha preexistido á ésta, no es un contenido consuetudinario; dimana, lo mismo que la forma, directamente del legislador oficial. A éste ha correspondido la iniciativa. Pero ¿la iniciativa de qué? Esa regla que él ideó y á que ha revestido de un cuerpo visible, ¿es de por sí la ley, y se ha producido ésta, por tanto, sin el concurso directo y personal de la sociedad? Eso parecía, y por tal apariencia se han dejado engañar los modernos, á causa de haber desertado el campo que dejaron removido y sembrado y en aptitud de dar mucha y muy sazonada doctrina filósofos, teólogos y legistas de las tres últimas centurias, discípulos fieles de una tradición sana, positiva, naturalista, que va desde la *Política* de Aristóteles (1) hasta el *Decreto* de Gratiano (2), pasando por los *Digestos* de Juliano (3). Admitido por ellos que la aceptación por parte del pueblo, ó dígase de la sociedad, es un elemento esencial de la ley, sin el cual no llega ésta á serlo nunca, derivábanse lógicamente los siguientes corolarios: que en este segundo género de leyes intervienen los mismos dos factores que en el otro, salvo el orden, que es inverso; que también en éstas el contenido es popular, pues de no serlo, no llegan á ser leyes; que lo que el legislador decreta no es propiamente ley, por más que en el uso vulgar le demos este nombre, sino proyecto de ley, ó si se quiere «proposición de una costumbre,» que el legislador, como ministro ponente del pueblo, somete á su aprobación; que sólo á condición de que el pueblo la sancione, expresamente con

---

ticia D. Martín Díez Daux, con ayuda de seis letrados, en una colección dividida en nueve libros y promulgada en 1437.

(1) Ὁ νόμος ἰσχὺν οὐδεμίαν ἔχει πρὸς τὸ πείθεσθαι πλὴν παρὰ τὸ ἔθος... «*La ley, para hacerse obedecer, no tiene otro poder que el del uso...*» (Aristóteles, *Política*, cap. V, § 14).

(2) *Potest lex humana abrogari per contrariam consuetudinem communitatis; ergo robur ejus ab approbatione et consensu communitatis pendet* (Gratiano, in *Decret.*, cit. por Valentia en sus Comentarios Teológicos).

(3) *Leges nulla alia de causa nos tenent, quam quod judicio populi receptae sunt.* (Digestorum libri XC, lib. 84; ap. lib. I Dig., tít. 3, ley 32).

su voto, ó tácitamente acomodando á ella sus actos, adquiere naturaleza de derecho positivo, viniendo á ser ley, ley viva, ley positiva, como deja de serlo en el instante en que el pueblo deja de usarla; y en suma, que las reglas emanadas directamente del legislador para que las cumpla el pueblo (un concejo, una comarca, una nación), el legislador las promulga siempre, tácitamente, *ad referendum*.

Los términos en que proclaman tal doctrina los aludidos tratadistas de nuestra nación, no pueden ser más categóricos. «*Leges non receptae ab initio vel postea desuetudine sublatae, non obligant*», dice Diego Covarrubias, presidente del Consejo de Castilla y obispo de Segovia en tiempo de Felipe II (1). *Lex ante quam recipiatur, saltem per majorem partem civitatis, cujus pars transgressor, non ligat*, añade Martín de Azpilcueta (a) Navarro ó el doctor Navarro, invocando la autoridad de los *Digestos* de Juliano y fundándose en diversas presunciones, de las cuales tienen positiva importancia estas dos: que el príncipe promulga las leyes con la condición, por lo menos tácita, de que los súbditos las acepten (2); y que los primeros que no las aceptaron, esto es, que se abstuvieron de cumplirlas, habían ignorado su existencia (3). «*Legem vero non*

---

(1) *Variarum ex Pontificio, Regio et Caesareo jure Resolutionum* lib. IV; ediciones de Salamanca de 1561 y 1570, índice, v.° Leges, con referencia al fol. 145, col. 2, vers. 5; y lib. I, cap. 16, n.° 6, según la cita del doctor Eximio.

(2) «Quoniam promulgata videtur cum conditione, si recipiatur, saltem per majorem partem, ut singulariter dixit Dominicus, per recentiores receptus, et profundius Felinus.» (Martini ab Azpilcueta doctoris Navarri *Consiliorum et Responsorum libri V;* lib. I de constit., consil. 1.°, § 23 (ed. de Colonia, 1616; pág. 5).—Lo de *major pars communitatis* retrae aquella resolución del Tribunal de Casación de Francia que niega validez al *desuso local* contra una ley observada universalmente (Dalloz, *Repert.*, t. XXX, pág. 206). Es punto estrechamente relacionado con la doctrina de la costumbre y que está todavía por definir.

(3) «Et addo omnibus, quod primi non recipientes possunt excusari a peccato ignorantiae probabilis, qua legem probabiliter ignoraverunt, per resolutionem primae quaestionis» *(ibid.)*.

acceptatam esse invalidam ostenditur, quia Superior habet auctoritatem dependentem a populo, qui censetur illi pro tunc nullam concedere»: así discurre Caramuel en su comentario á la Regla de San Benito (1), añadiendo que la aceptación de la ley por los súbditos ha de ser libre, pues en otro caso, ni aun aceptada les obligaría (2). El italiano Daniel Concina, de la orden de Predicadores, halló aquí nueva ocasión para mostrar una vez más su animadversión á los casuistas laxos, entre los cuales distinguía particularmente á nuestro Caramuel, y que le ha valido tan enconados ataques de parte de la Compañía. En el tratado que escribió sobre derecho natural y de gentes contra Puffendorf, Barbeyrac, Thomasio, Wolf, Hobbes y otros, impugna la tesis del teólogo español diciendo que esa doctrina que erige al pueblo en árbitro y definidor de la justicia ó injusticia de las leyes, es anárquica y falsa y hace escarnio del oficio y de la dignidad del príncipe (3). En iguales términos el fogoso y agresivo dominico rebate á Gregorio de Valencia, diciendo que aquella proposición suya en cuya conformidad el príncipe no puede decretar leyes sino con la condición «si populus acceptaverit», es incompatible con todo género de gobierno, y se halla condenada por el papa Alejandro VII (4). Y eso que Valencia no admitía,

(1) Según la cita de Concina, *Theologia christiana dogmatico-moralis*, t. VI, lib. I de jure nat. ac gent., diss. 2 de legibus, cap. 5, § 11; Roma, 1750, pág. 252.

(2) *In D. Benedicti regulam commentarius* etc., por Juan Caramuel Lobkowitz, Brujas, 1640, disputatio V, § 48.—Cita á Navarro, Manuel Sá, Miranda, Valentia, Fillucio, Becano y otros.—También alega en su apoyo, como antes Valencia, á San Pablo: «Contraria opinio (dice) videtur dissonare D. Paulo, qui II ad Corinth. 13 asserit Deum dedisse hominibus auctoritatem in *aedificationem*, non in *destructionem*. Videretur autem Superior destruere charitatem, et torquere potius quam gubernare subditos, qui obligaret invitos.»

(3) *Ob. cit.*, t. VI, *de jure naturae ac gentium*, lib. I, diss. de legibus, cap. 5, quaest. 4; ed. de 1750, pág. 252.—Del mismo modo rebate á Valencia, recordando que aquella proposición suya conforme á la cual el príncipe no puede decretar leyes sino con la condición «si populus acceptaverit» está condenada por el Papa Alejandro VII.

(4) «Haec doctrina seditiosa est, et perturbat, immo destruit principatum,

como Caramuel, que los príncipes deriven del pueblo la potestad de legislar: la razón de requerirse el consentimiento del pueblo para la validez de la ley estriba, según sus principios, en que uno de los requisitos esenciales de ella, sin el cual no sería justa, ni por tanto ley, es que sea conveniente *(utilis)*, y en el mero hecho de repudiarla los súbditos se acredita que carece de esa condición: «*Lex humana, quae a subditis non acceptatur, hoc ipso videtur esse inutilis, atque adeo caret una ex conditionibus requisitis ad justitiam legis humanae,* ut supra puncto tertio docuimus» (1). Sobre este argumento de su cosecha, aduce otros dos: primero, el de Sylvestre y Azpilcueta, que las leyes no son promulgadas para que obliguen sino en el caso de que el pueblo las acepte, que es tanto como decir que antes de esa aceptación son meras proposiciones de ley que el príncipe somete á la colectividad; y segundo, aquel otro perentorio de Gratiano, según el cual, puesto que la ley puede ser abrogada por una costumbre contraria del pueblo, es que su fuerza depende de la aprobación y consentimiento de éste (2).

---

et regimen quodlibet. Ad quid valet Principis potestas, nisi cogere subditos possit, et in ordinem suis legibus redigere? Major in populo quam in Principe potestas foret, si respuere Principum leges populus jure posset.» (*Ibid.*, § 10).

(1) En este punto añade: «Non enim expedit ita homines per potestatem humanam gubernari, ut renitentes atque invici adigantur lege ad aliquid faciendum, quod alioqui neque lege naturali neque divina tenentur praestare, ut supponimus;» y recordando el texto antes citado de San Pablo añade: «In *aedificationem* autem non exerceretur [potestas], si per eam lex aliqua inutilis conderetur et periculosa » (*Commentariorum theologicorum* tomus secundus; disput. VII, quaest. V de lege humana, punct. IV-V; Lugduni, 1609, col. 804-805.)

(2) «Secundo probatur id a Gratiano ea ratione, quod potest lex humana abrogari per contrariam consuetudinem communitatis; ergo robur ejus ab approbatione et consensu communitatis pendet. Quo pertinet illud Ulpiani, ff. de legibus, lege 32: *Leges*, inquit, *nulla alia de causa nos tenent, quam quod judicio populi receptae sunt*» (ob. cit., col. 804).—Todavía invoca, con Gratiano y otros juristas, en apoyo de su tesis, un texto de San Agustín, *de vera Religione*, cap. 31, en cuya conformidad las leyes adquieren fuerza de tales «cum fuerint non modo *institutae*, sed etiam *firmatae*,» entendiendo esta confirmación «approbatione communitatis».

El P. Antonio Escobar, jesuita también, entre los seis requisitos que dice han de concurrir en la formación de una ley, incluye el de que sea recibida en el uso, pues sin eso carecería de fuerza de obligar, dado que sólo con esa condición se promulga: *Lex usu non recepta vi caret, quamvis sit auctoritate principis constituta, et legitime promulgata* (1)... *quia Principes semper promulgant leges dependenter ab acceptatione subditorum, nec illos aliter intendunt obligare* (2).— Entre los autores que comulgan en esta doctrina, cuenta Escobar al doctor «eximio,» Francisco Suárez, autor del memorable *Tractatus de legibus*. Principia distinguiendo muy lógicamente entre Estados regidos por una Constitución democrática, y Estados donde la soberanía no reside en el pueblo. Respecto de los primeros, en que el soberano *(supremus princeps)* lo es la misma colectividad social *(tota respublica; populi universitas)*, ni siquiera se le ocurre poner reparo á la tesis de Navarro, Covarrubias y demás juristas, como no sea en el sentido de que la promulgación y la aceptación se confunden necesariamente en un solo acto, siendo una misma persona *(el pueblo soberano)* quien promulga y quien acepta (3); pero tocante á los segundos, ya no vacila en afirmar que tal aceptación es innecesaria, llevando la ley en sí propia toda su eficacia. «Allí, dice, donde el régimen no es

(1) *Universae theologiae moralis...* problemata, lib. V, cap. 3, §§ 20 y 23; Lyon, 1652, t. I, pág. 147-148.

(2) *Ob. cit.*, lib. V, cap. 14, probl. 13; ed. cit., t. I, pág. 160: cf. probl. 14, pág. 164.

(3) «Unde licet fortasse fuerit consensus populi necessarius ad condendam legem, quando aliqua ex parte *regimen* reipublicae fuit *democraticum*... Imo si formaliter et proprie loquamur, post legem absolute constitutam ad habentem supremam potestatem, nunquam fuit nova acceptatio necessaria, sed in sola *democratia* contingebat, ut idem esset condens et acceptans legem, et ideo simul fiebant.» (*Tratatus de legibus ac Deo legislatore*, lib. III, cap. 19, § 4.)

Con igual criterio resuelve la cuestión de si el consentimiento del príncipe es necesario para la validez de la costumbre; allí donde la soberanía resida en el pueblo, no hace falta un consentimiento especial distinto del acto mismo de elaborar ó crear la costumbre (*Ob. cit.*, lib. VII, cap. 13, § 1).

democrático, por haber transferido el pueblo de un modo absoluto é incondicional su soberanía *(suprema potestas)* á un *príncipe*,—sea éste un solo individuo, como en la Monarquía, sea un Consejo de nobles, como en la Aristocracia, sea un Cuerpo mixto, v. gr., el Dux con un Senado, el Rey con un Parlamento (1),—aquel requisito no procede, porque en tal caso, el poder de legislar reside en ese «príncipe», no en el pueblo, y con la potestad de legislar, la facultad de obligar al pueblo á la aceptación y cumplimiento de lo legislado (2). Todavía, sin embargo, en esta hipótesis, su genio, sincero pero irresoluto, le hace admitir tales excepciones, que en el fondo invalidan toda su tesis y son bastantes para alarmar al liberalismo doctrinario de Paul Janet, en cuyo sentir «introducen un principio interno de destrucción en la sociedad, una verdadera anarquía en el Estado» (3). No obliga,

---

(1) Cita como tipo y ejemplo el caso de Aragón, monarquía limitada, en que, por pacto del rey con los súbditos (dice), el poder legislativo no residía tan sólo en el primero, sino en él con las Cortes del Reino.

(2) «In his omnibus (Monarchia, Aristocratia, Mixtum...) is, qui de facto supremam potestatem habet ad ferendam legem, habet etiam potestatem ad obligandum omnes de regno ut illam acceptent...» *(Ibid.,* § 2 y sigs.)

(3) «Esas tres excepciones son sumamente delicadas y enteramente inconciliables con los principios de Suárez. Si el pueblo no tiene ninguna clase de derecho á aceptar ó repudiar la ley, no se ve cómo podría tenerlo á desobedecer una ley injusta. Esa declaración de la injusticia de una ley implica el derecho de examen, y por tanto, el derecho de aceptar ó de rechazar; de consiguiente, el derecho de aceptación. Por lo demás, es introducir en la sociedad un principio interno de destrucción, autorizar la desobediencia de las leyes injustas; toda ley ha de reputarse justa, pues sin eso sería la arbitrariedad y no la ley lo que reinaría. Cabalmente, para evitar las leyes injustas es preciso el consentimiento de los súbditos en la elaboración de la ley...—En tanto que un gobierno es aceptado y consentido por el pueblo, todas sus leyes deben ser rigorosamente ejecutadas: es el principio mismo del orden civil: lo contrario sería pura anarquía. Pero al abandonar Suárez el principio de la aceptación de la ley, ha querido corregir las consecuencias peligrosas de tal abandono, mediante ciertas excepciones; esas excepciones son incompatibles con sus propios principios, é introducen además la anarquía en el Estado.» (*Histoire de la science politique,* etc., 3.ª edición, t. II, París, 1887, pág. 71-73.)

Recuerda esto cierta doctrina de nuestro Castro según la cual, introducir

pues, en conciencia la ley sin esa previa aceptación, y es lícito abstenerse desde el primer instante de guardarla y cumplirla: primero, cuando es *injusta,* porque en tal caso, excede la potestad del legislador, y aun aceptada no obligaría; segundo, verosimilmente, cuando el pueblo la encuentra demasiado gravosa *(dura et gravis),* porque entonces ha de presumirse que el príncipe no la promulgó con absoluta intención de obligar á su cumplimiento, sino como una probatura, para experimentar la acogida que tendría en la opinión, *cum intentione solum experiendi, quomodo talis lex a populo recipiatur;* tercero, cuando además de no ser obedecida por la mayoría del país, el desorden nacido de su observancia amenaza con una revolución, porque entonces, su cumplimiento por parte de los menos no reportaría ya ningún provecho á la colectividad: *quando non solum non servatur lex a majori parte populi, sed etiam ejus observantia perturbationem generat in republica cum periculo seditionis vel scandali: tunc enim merito excusabuntur particulares personae, quia jam talis observantia non esset utilis communi bono, et princeps ipse tenebitur tunc legem tollere, saltem propter majora mala vitanda* (1).—No difiere apenas de ésta la doctrina enseñada actualmente en nuestros Seminarios (2).

---

costumbre á sabiendas de que va contra la ley es disputar con el Príncipe la soberanía y poco menos que una sublevación (*Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes,* lib. II, disc. 5; t. I de la 2.ª ed., Madrid, 1829, pág. 119.)

(1) *Tractatus de legibus,* lib. III, cap. 19, §§ 7, 8, 9.—Cf. lib. IV, cap. 16, § 6: «Lex canonica, quando per consuetudinem toleratam non acceptatur, non obligat, etiamsi fortasse in principio culpabiliter non fuerit observata: si major pars resistat, inducetur consuetudo contra obligationem legis.»

(2) P. Scavini, por ejemplo, después de sentar como principio que el carácter obligatorio de la ley dimana de la potestad que el Príncipe tiene de Dios, independientemente del pueblo, y por tanto, que la aceptación por éste no es requisito necesario para que la *ley justa* obligue, admite con San Alfonso de Ligorio las siguientes excepciones:—«1.ª Si lex per decennium non fuerit acceptata, ratione contrariae consuetudinis;—2.ª Si sanior et major pars populi legem non observet, vel revocationem petat; et ex circunstantiis merito praesumatur, principem non instando pro observantia, nec transgressores puniendo, nolle obligare quemlibet; tunc etsi desuetudo non adhuc sit praescripta, et primi

A la misma conclusión de Navarro, de Covarrubias, de Cano, de Valentia, de Escobar y Mendoza, de Sá Miranda, de Caramuel, ha llegado en sus admirables análisis, tan luminosos y fecundos, el preclaro renovador de la Filosofía del Derecho en nuestros días, Giner de los Ríos: «Nada más lejos de la realidad (dice) que la concepción abstracta, tan extendida todavía, de la omnipotencia de la ley, como declaración de una voluntad soberana que, desde la cumbre del poder, impone á los súbditos, quiéranlo ó no, tal determinada regla de conducta. Antes, en verdad y de hecho, *no es la ley sino una como proposición que dichos poderes presentan á la sociedad, y cuya fuerza depende de que ésta la acepte, ó no.* El hecho de rehusar la sociedad entera su asentimiento á una medida legislativa, es la prueba más concluyente de que el legislador ha errado al interpretar las necesidades jurídicas de su pueblo. Y como la satisfacción de estas necesidades es el único fin de la ley, justo es que la última sanción corresponda al que en ella está directamente interesado, á aquel para quien, y en nombre de quien, las leyes se hacen, al pueblo mismo. La forma negativa de esta sanción es el *desuso,* contra el cual resulta impotente la voluntad más firme y decidida de los agentes del poder; como, á su vez, la introducción de un uso contrario deroga positivamente también la ley por ociosa é inútil» (1).

---

legem non acceptando peccaverint, alii postea ob dictam praesumptionem liberi sunt;—3.ª Si lex sit contraria consuetudini vigenti;—4.ª Si lex sit valde difficilis, et tales sint insuper circunstantiae, ut si a principe praecognitae essent, sine dubio legem non tulisset» (*Theologia moralis universa ad mentem S. Alfonsi M. de Ligorio*, tract. II, disp. I, cap. 6; 3.ª edición española, Barcelona, 1859, t. I, pág. 154.

Alsina añade á estas excepciones otra de Varceno: «Si agatur de gubernio aristocratico, vel democratico, electo a pópulo cum tali limitatione, de quo intelligi debet illud Justiniani: Leges nulla alia de causa nos tenent, quam quod judicio populi receptae sunt...» (*Compendium theologiae moralis*, ex egregiis auctoribus, a Raymundo Alsina deproptum; tract. III, cap. VIII, § 113; 3.ª ed. de Barcelona, 1884, t. I, pág. 74).

(1) *Resumen de Filosofía del Derecho*, por Francisco Giner y Alfredo Cal-

Principio tan íntimamente ligado con la teoría del «desuso» no podía escapar á la penetración de Savigny; y con efecto, percatóse de él, aunque no lo bastante para que le decidiese á tratarlo de propósito, con la extensión que su gran importancia demandaba. «Sin duda ninguna (dice), la palabra *desuetudo* envuelve á las veces un hecho que no tiene nada de común con el derecho consuetudinario: me refiero á la *no-aplicación de una ley* durante un largo espacio de tiempo por falta de materia para su aplicación. Este hecho negativo no expresa ninguna convicción de derecho ni establece ningún derecho consuetudinario. Pero si habiéndose presentado los casos previstos por la ley, se hubiese prescindido de servirse de ella, ese abandono de la ley, hecho habitual, sería tan eficaz para abolirla como si una costumbre positiva la hubiese sustituído por una regla contraria» (1).

Acaso haya quien encuentre baldía la teoría, por falta de aplicación, no concibiendo un Estado regular en que el Poder social, con sus declaraciones y preceptos, vaya por un lado, y el pueblo con sus prácticas por otro diferente, sin vínculo orgánico ni comunicación, cuánto menos compenetración, de uno con otro. Y sin embargo, cosa rara, no es lo difícil encontrar casos prácticos de esa desarmonía ó de ese divorcio entre el soberano oficial y los súbditos; lo que se encontraría difícilmente es lo contrario: un periodo ó momento de la histo-

---

derón; t. I. Madrid, 1898; § 77, págs. 191-192.—Véase también *Estudios y fragmentos sobre la Teoría de la persona social*, por Francisco Giner; Madrid, 1899, págs. 205, 275 y otras.

(1) *Tratado de Derecho romano*, por Savigny, lib. I, cap. III, § 30: en la trad. franc. de Guenoux, París, 1840, es el t. I, pág. 189).—Otros varios autores han expresado la misma convicción, ya desde un punto de vista general, ó en aplicación á ramas ó casos particulares: Phillips, por ejemplo, afirma que si el Obispo nota que un estatuto sinodal no es aceptado en la práctica (nouso), debe abstenerse de obligar á su cumplimiento (*Los Sínodos diocesanos*, 53; cit. en su obra *Del derecho eclesiástico en sus fuentes*, trad. francesa de 1852.—Sobre el «derecho de no obedecer» trata mi cit. *Teoría del Hecho jurídico*, §§ 31 y 32, pág. 239 y sigs.

ría jurídica de la nación en que los cuerpos legales que se nos dan por vigentes en él hayan regido de hecho, en que la multitud los haya guardado y vivido. Hemos visto la inobediencia ó no-aceptación de las leyes autorizada, desde el punto de vista de la razón, por eminentes doctores y teólogos españoles de los siglos XVI y XVII. Pues bien, nadie diría sino que todos ellos habían calcado la doctrina sobre los hechos que la vida real á toda hora les ofrecía. Cuando se analiza la vida interna de la nación en aquellas dos centurias, particularmente la de su legislación, no tarda en formarse la impresión de una sociedad sin Estado, ó si se quiere, de un Estado de papel, vacío de todo contenido, en que el monarca y el pueblo se disputan calladamente la soberanía y la ejercen ambos á la vez, no armónicamente y de concierto, sino en oposición y por vía de resta: el primero, escribiendo sus tablas de preceptos y declaraciones y notificándoselas pomposamente, cual desde otro Sinaí, al pueblo; el pueblo, oponiéndoles su veto pasivo, negándoles su sanción. Óigase á Felipe II en 1593, á Felipe III en 1610:

«Como quiera que para el buen gobierno y administración de justicia destos nuestros Reynos se han proveído y promulgado diversas leyes y pragmáticas, cuya observancia ha sido y es muy importante y necesaria, *y no la han tenido como conviene*, lo cual ha procedido así del poco cuidado que de su execución y de las penas por ellas impuestas han tenido las nuestras Justicias, como de haberse usado de diversos medios é invenciones para defraudar lo por ellas proveído; de que, además de haber sido Nos deservido, han resultado grandes daños é inconvenientes, que requieren breve y eficaz remedio; y habiéndose conferido y platicado sobre ello en el nuestro Consejo y con Nos consultado, fué acordado que debíamos mandar y mandamos por esta nuestra ley y pragmática-sanción, la qual queremos que haya fuerza y vigor de ley, como si fuese fecha y promulgada en Cortes, que de aquí adelante se guarden las leyes contenidas en los

nueve libros de la *Recopilación de las Leyes* destos Reynos...» (1).—El resultado fué igual en ambas ocasiones: la nación ni siquiera leyó el recordatorio, y las leyes y pragmáticas recopiladas quedaron lo mismo que antes, sin más imperio que el del papel en que habían sido registradas: en el siglo siguiente, Felipe V se cansó de combatir contra el desuso y la no-aceptación, echando en cara á sus *súbditos* doscientos años de inobediencia: «Todas las leyes del Reyno que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores (decía en 1714) se deben observar literalmente, *sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso, pues así lo ordenaron los Señores Reyes Católicos y sus sucesores en* repetidas *leyes y yo lo tengo mandado en* diférentes *ocasiones;* y aun cuando estuviesen derogadas, es visto haberlas renovado por el decreto que conforme á ellas expedí (tít. III, ley 1.ª), aunque no las expresase; sobre lo qual estará advertido el Consejo, celando siempre la importancia de este asunto.» (2).—Igual oposición entre el Rey y las Cortes, entre las Cortes y el país, manifiesta en la insistencia con que se reproducen unos mismos capítulos y unas mismas peticiones (3) en todas las legislaturas, durante más de un siglo sin interrupción, señal de que no se cumplían. Es un combate sin tregua, que se prolonga de centuria en centuria á través de toda la historia, entre el legislador y sus pseudoleyes, de una parte, y la repudiación ó no-aceptación del pueblo por otra.

Resumiendo los juicios expuestos: en el mandato, poder

---

(1) Se halla en la *Novísima Recopilación*, lib. III, tít. II, ley 10.

(2) *Nov. Rec.*, lib. III, tít. II, ley 11.

(3) Sobre prohibición á las iglesias de adquirir bienes; tasas al interés de los préstamos, para atajar ó reprimir la usura; desuso de las leyes canónicas sobre celibato eclesiástico y barraganía de los clérigos; aislamiento de los mudejares en las ciudades; que se prohibiese amayorazgar; que se corrigiesen los abusos de la Inquisición; que los procuradores á Cortes no pudiesen recibir mercedes, ni procuraciones los servidores del rey, etc.

ó delegación que el legislador tiene del pueblo, no está comprendida la facultad de decretar aquellas leyes que ese su soberano recusa ó repudia en sus actos, por cuya razón son nulas y de ningún valor ni efecto: adolecen de defecto de potestad; no son tales leyes. El producto de la iniciativa del pueblo es una regla sustantiva de derecho, la *costumbre*, que lleva en sí misma su propia sanción, sin que necesite de ningún otro complemento ó consagración de parte de nadie para regir, como rige, desde el instante mismo de su formación; pero el producto de la iniciativa del legislador no es una regla práctica y positiva, llamada *ley*, aplicable desde luego á la necesidad que con ella se trate de satisfacer, porque el legislador no tiene potestad própia, porque su potestad es delegada: el producto de su iniciativa es una mera proposición, que, antes de elevarse á ley y obligar como tal, necesita ser aprobada, prohijada, refrendada por el pueblo. Si en esa proposición que se da como ley, el legislador se ha hecho intérprete de algo que, sin ser precisamente costumbre, expresa una convicción ó una aspiración de la generalidad, ó condensa y da cuerpo á un estado difuso de la opinión, equivalente á una costumbre, el pueblo se reconoce en ella, la hace suya, *et lex facta est*. Cuando el legislador, apoderado de la fuerza, usurpando su autoridad al soberano, pretende imponer á éste sus creaciones subjetivas, poniéndole el alias de *súbdito* y llamándose á sí propio *autoridad*, invierte los papeles, perturba el orden natural de la vida de las sociedades, comete acto de tiranía; y todo, para no lograr á la postre, aun en el caso más favorable (cuando la contienda entre «la fuerza y el derecho» no se desenlaza en una revolución) que abarrotar las bibliotecas y las aulas con montañas de pergamino y de papel, exhibiendo sus *solaces* jurídicos decorados con nombres pomposos, pragmáticas-sanciones, Reales provisiones, autos acordados, ó simplemente leyes, reglamentos, circulares, constituciones, decretos, ordenanzas, ordinaciones ú ordenamientos, Reales órdenes, bandos, instrucciones,

códigos y recopilaciones, obedecidos pero no cumplidos, y de los cuales podría decirse lo que con menos razón decía Valerio Martial de los libros de un escritorzuelo de su tiempo: «Dícenme, Caio, que té alabas de que escribes libros, pero no es verdad, porque escribir libros que nadie lee, no es escribir libros.» También, promulgar leyes que nadie cumple, no es promulgar leyes!

Y ahora vengamos al procedimiento.

Sentado que las leyes derivan su fuerza de la sanción directa y personal del pueblo *(communitas)*, nuestros tratadistas hubieron de preocuparse de la forma en que el pueblo había de expresar ese su consentimiento y aceptación, ó por el contrario su veto.

Existe en el Digesto un precioso fragmento de Juliano, insigne jurisconsulto del siglo II, consejero de Adriano, de Antonino Pío y de Marco Aurelio, que puede decirse crítico y constitucional en esta nueva orientación de la ciencia de las fuentes del derecho, cuya importancia empezamos ahora á entrever. «No sin razón—dice,—la costumbre inmemorial se guarda como ley, y es el derecho que decimos introducido en los usos; pues no obligándonos las leyes sino á título de haber sido recibidas por el consentimiento del pueblo *(judicio populi receptae)*, con igual razón han de obligar á todos aquellas á que el pueblo prestó su aprobación sin consignarla por escrito; porque ¿qué más da que el pueblo declare su voluntad expresamente, votando, ó implícitamente por prácticas, por hechos? *Nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?* (1). En este texto se inspiró Gregorio de Valencia para concluir que el pueblo puede significar su aprobación ó aceptación de la ley en una de estas tres maneras: de palabra, por escrito y tácitamente por obra (2). En parecidos términos, aunque tal vez con alguna

(1) *Digestorum libri XC*, lib. 84; apud Dig. lib. I, tít. 3, ley 32.

(2) Sed duo tamen non explicant (Navarrus, Sylvester, etc.), quae sunt



mayor precisión, Escobar: «Porro lex dicitur usu recepta, et acceptata, quando non unus vel duo eam recipiunt, sed major pars communitatis eam recipit, *gerendo quod lex praecipit, aut illam approbando verbo vel scripto, aut illam non recipiendo* (1).

De estos dos métodos fundamentales—(aprobación ó desaprobación tácita, en la acción; aprobación ó desaprobación expresa y reflexiva, mediante voto),—únicamente el primero ha estado consagrado antes de nuestro siglo en la constitución interna de los pueblos. A Suiza corresponde el honor de haber introducido osadamente el segundo en su Constitución escrita y acertado á sortear algunos de los obstáculos con que una novedad de tanto bulto tenía necesariamente que tropezar y tropezará seguramente durante mucho tiempo. A partir de 1845 (Vaud) y 1846 (Berna), y sobre todo desde la reforma de 1874 sobre el derecho de iniciativa de los electores, la formación de la ley consta allí de dos tiempos: primeramente, el Gran Consejo ó la Asamblea legislativa del cantón, formula el proyecto, ó acepta y hace suyo el que le es presentado por un cierto número de ciudadanos: después lo somete á la aprobación del pueblo, en una votación semejante á la de nuestras elecciones. Este derecho de sanción y veto directo del pueblo suizo es lo que se designa

---

etiam hoc loco inprimis exponenda. — Unus est quisnam debeat esse modus illius acceptationis. Verum scilicet sufficiat legem postquam promulgata est, non improbari et rejici a majore parte communitatis, atque adeo tacite eo ipso ab eadem probari; an vero necesse sit illam propterea vel verbo, vel scripto approbari...—Ad primum dubium respondeo, satis esse quemlibet modum acceptationis ex illis, qui propositi sunt. Ratio est: quoniam quilibet modus ex illis sufficit, ut intelligatur lex esse utilis illi communitati, cujus major pars aliquo modo ex illis eam acceptet. Etc.» *(Op. et loc. citatis; edic. cit., col. 806).*

(1) *Ob. cit.*, lib. V, cap. 3, § 23; ed. cit., t. I, pág. 148.—Al definir la no-aceptación, omite el modo expreso—(«lex autem dicitur usu non recepta quando populus vel major pars populi prosequitur facere quod facere consueverat ante legis promulgationem; et hoc verum sive populus sciat legem promulgatam esse, sive ignoret»); pero va implícito en el *illam non rejiciendo* de la otra definición, transcrita arriba en el texto.

ahora con el nombre de *referendum*. El *no* equivale al incumplimiento ó no-aceptación y al desuso en la práctica y en la doctrina de nuestro país, diferenciándose nada más en que aquél es deliberado y expreso, al paso que éstos son tácitos, espontáneos y ordinariamente inconscientes, obra no del solo cuerpo electoral, sino de la colectividad entera, y por tanto más directos, y consiguientemente más orgánicos (1).

El sistema legislativo del *referendum* es un como eslabón intermedio entre la *democracia directa* del tipo de la «landsgemeinde» suiza (Glaris, Appenzell, Unterwald, Uri), del tipo del «town» norte-americano (Nueva Inglaterra, Massachussets) y el *régimen parlamentario* del tipo británico, que teóricamente es también el nuestro. En la democracia directa, la consulta ó sumisión al pueblo que el referendum significa es innecesaria, porque el *cuerpo de electores* que había de aprobar ó repudiar la ley propuesta por una Comisión ó Asamblea legislativa *es la Comisión legislativa* misma, elabora el proyecto y lo aprueba ó hace ley simultáneamente, en un solo acto; ó si existe referendum, éste es *interior*, como un mero trámite en el proceso de dicha elaboración y sanción, según acontece en España.

Esa forma de gobierno directo, en que los ciudadanos ejercen personalmente la soberanía, sin el intermedio de ningún mandatario ó intérprete, regidor, concejal, ayuntamiento, diputado, etc., ha sido general en nuestra Península, aplicada á la gobernación de los municipios (2), y sigue

---

(1) Me he limitado á un esquema simplicísimo de esta trascendental institución, que un ilustre colega nuestro califica de la «reforma política acaso más original de cuantas se han introducido en las Constituciones modernas» (Moret), porque eso basta para mi propósito; pero es sabido que no todas las leyes se someten al voto directo de los electores, ni sobre esto se sigue un criterio uniforme en todos los cantones, ni es Suiza el único país donde el referendum es practicado. Pueden verse exposiciones detalladas ó extractos extensos en obras de Lavelaye, Seignobos, Donnat, Oberholtzer, Sizeranne, Moret, etc.

(2) Ignoro si en Vizcaya se ha extendido alguna vez á más de una locali-

rigiendo, según antes insinué, en los lugares, pueblos ó parroquias que no forman por sí solos municipalidad, de gran número de provincias de la Península, especialmente las septentrionales. La jurisdicción que compete por costumbre á la asamblea general de vecinos (llamada también *concejo de vecinos*, ó sencillamente *concejo*) es tan varia, en su límite, como la del Estado nacional, abarcando todas las funciones de la vida pública: es asamblea legislativa (formación de las Ordenanzas y revisión anual del «libro de pueblo», que es decir, modificaciones y adiciones á las Ordenanzas, cuando éstas y el libro corren separados); es ejecutiva (acuerdos semanales para la aplicación circunstancial de lo dispuesto ó acordado en el libro de pueblo sobre trabajos cooperativos, aprovechamientos comunales, reparto de tributos, contabilidad, etc.); y es judicial (absolución ó condena de los acusados por el guarda como infractores de las Ordenanzas, del libro de pueblo y de los acuerdos semanales, é imposición de multas en su caso). Aquí he de concretarme al procedimiento seguido por el concejo de vecinos en cuanto asamblea deliberante, que es lo que interesa más particularmente al objeto de la presente disquisición.

Según algunas Ordenanzas inéditas que tengo á la vista (1), pertenecientes á Casomera, Pino, Llamas y Cabañaquinta, pueblos del municipio de Aller (Asturias), reuníase el concejo ó asamblea de vecinos, convocados á campana tañida, con objeto de nombrar una comisión de cuatro vecinos, ordinariamente ancianos y que habían ejercido la regiduría, para que declarasen las costumbres observadas en el

---

dad. Nace la duda del siguiente pasaje de Castillo de Bovadilla, en su *Política para Corregidores*, lib. III, cap. 8, §§ 18 y 39; Amberes, 1750, págs. 122 y 127: «En las pequeñas villas, costumbre hay de juntarse *el pueblo* para algunas cosas señaladas; y en el Corregimiento de Vizcaya, de que es cabeza la villa de Bilbao, *se junta y congrega para algunas ocasiones en el campo do dizen el árbol de Garnica.*»

(1) De la Colección Pedregal, citada anteriormente.

gobierno de la localidad, cuyo traslado escrito se había perdido ó se había deteriorado y hecho ilegible, ó bien «para añadir á dichas Ordenanzas los capítulos que convengan para el régimen de esta parroquia, sin perjuicio á los lugares comarcanos». Citábase á éstos para que, si lo tenían á bien, mandasen dos delegados cada uno, los cuales se agregaban á la Comisión. Reunida ésta, bajo la presidencia del Juez ordinario del concejo (municipio) por S. M., iban los dichos ancianos declarando por ante el Escribano las costumbres que se observaban en el lugar sobre nombramiento de fieles regidores, avecindamiento de forasteros, contabilidad de los fondos del pueblo, arreglo de caminos, nombramiento de soteros ó guardas, pesas y medidas, remate de la taberna y obligaciones del tabernero, pastos y ganados, reparación de los molinos y sus presas, prendadas, cotados y cierros, rompimiento de las vegas, elección de toros padres, traslación de ganados á los puertos, disfrute de sierras, entrada de ganado en los castañares, corta de leñas y robles, contagios de ganados, cultivos obligatorios, policía de calles, casas, ríos, fuentes y acequias de riego, depósito de ordenanzas, etcétera, etc. Seguidamente, convocábase de nuevo á los vecinos en concejo, por el medio acostumbrado de la campana; y á presencia de todos, el Escribano daba lectura, en alta voz, de cuanto la Comisión le había dictado, «por si tenían que añadir ó quitar». Enterado ya el concejo, procedíase á votar; y se lee en la relación oficial del acto: «los vecinos dicen á una voz las consienten (las Ordenanzas) en todo y por todo y quieren y consienten se guarden y cumplan como en ellas se contiene»; ó bien, «ninguno fué contra ninguno de dichos capítulos y constituciones, consintiéndolos y dándolos por bien hechos, excepto Lope Díez el viejo, que dijo no ser costumbre hablar con tanta cortesía al fiel ni quitársele la montera». Sobre esto, el Juez interponía su autoridad, aprobando las tales Ordenanzas para que valiesen é hicieran fe donde fuesen presentadas, en juicio y fuera de él;

se daba un traslado á los fieles regidores, y la matriz pasaba al protocolo del Escribano, como un auto ó escritura cualquiera, á fin de prevenir extravíos y asegurar la autenticidad.

Las Ordenanzas de que he extraído esta reseña abreviada son del siglo XVII y del XVIII: el procedimiento observado en ellas debía ser antiquísimo, á juzgar, v. gr., por el modo como fueron redactadas las Ordenanzas provinciales de la villa de Monterreal de Deva en 1394 (1). Ignoro lo que se practica actualmente en Asturias (2); pero en la región septentrional de la provincia de León, lindante con la asturiana, el «libro de pueblo» se somete á revisión directa del vecindario todos los años, y el procedimiento observado en ella es análogo al que acabo de exponer, salvo que no toman parte alguna, y ni siquiera asisten al acto, representantes de la autoridad central, provincial ó municipal. He aquí cómo lo describe, con referencia al pueblo de Canseco, el Sr. D. Elías López Morán, concienzudo expositor de las costumbres del Norte de León: «En la primera reunión de las que celebran anualmente los vecinos de Canseco, nombran una Comisión, compuesta de varios de los más competentes y conocedores de las costumbres del pueblo, para que

(1) En la iglesia de Santa María; concurrencia de cuatro magistrados de la villa (alcalde, preboste, jurado y fiel); presencia del pueblo, convocado al efecto en la forma acostumbrada; —(«estando î juntados otra gente, *que podía ser la mayor parte de la dicha villa é de su tierra é jurisdicciones...»* «todos ellos de un acuerdo é consentimiento, después de haber habido muchos tratados é fablas é concejos entre nosotros sobre las Ordenanzas etc., habemos acordado é acordamos de hacer estos capítulos é leyes é ordenanzas; los cuales queremos que de aquí adelante sean habidos por leyes é ordenanzas en la dicha villa é su tierra é términos...»); últimamente, asistencia del escribano del concejo para que los capítulos acordados naciesen revestidos de autenticidad é hicieran fe.—*(Colección de Cédulas, cartas, patentes, provisiones, etc., concernientes á las Provincias Vascongadas* [T. González], t. III, Madrid, 1829, págs. 200-262.)

(2) El Sr. Pedregal, aunque hace referencias á la materia *(Derecho consuetudinario de España*, por varios autores, t. II cit., págs. 110-111), no afirma nada concretamente sobre el particular.

redacte el proyecto de libro, reglamento ú ordenanza que ha de regir hasta igual fecha del año siguiente. Esta comisión es siempre bastante más numerosa que la nombrada en los concejos (juntas ó reuniones) ordinarios para dictaminar sobre el acuerdo semanal. Reúnese en la casa del Común cuantos días son necesarios para discutir y redactar el mencionado proyecto. Luego que le han aprobado, sea por unanimidad ó por mayoría—(las variaciones introducidas de un año para otro son pequeñas),—el alcalde de barrio convoca á concejo á todos los vecinos, tocando al efecto tres veces la campana, como mandan las Ordenanzas. Reunido el concejo, se da lectura del proyecto por uno de los de la Comisión. Se discute con todo el detenimiento conveniente, pero yendo derechos al grano, no empleando más palabras que las precisas para hacerse entender y ciñéndose á la cuestión, sin baldías divagaciones... Terminada la discusión, el proyecto se aprueba tácita ó expresamente, con ó sin modificaciones, y se firma por todos los vecinos. Desde aquel instante, los artículos consignados en el libro son definitivos y obligatorios y nadie piensa en controvertir su eficacia. Aunque alguno ó algunos vecinos estén en desacuerdo respecto de tales ó cuales puntos, con la mayoría, no dejan nunca de firmar; si no lo hiciesen, se les separaría los ganados de las veceras, no aprovecharían los pastos de las fincas de los demás vecinos, tendrían un conflicto cada día. En el mismo libro, á continuación de las firmas de los vecinos, se lleva la contabilidad de los fondos del pueblo» (1).

Análogo procedimiento siguen en sus asambleas ordinarias, celebradas todos los domingos al salir de misa, delante ó al lado de la iglesia, con objeto de acordar sobre la ejecución de lo dispuesto ó concordado en el libro de pueblo ó reglamentar circunstancialmente el pormenor que en este no

(1) En la misma obra *Derecho consuetudinario de España*, t. II, páginas 278-279.

tuvo cabida, ó deliberar y acordar sobre puntos que no habían sido previstos en él. «Terminadas todas las reclamaciones respecto de la imposición de multas, ó de lo que ellos llaman prendas, el alcalde de barrio designa una Comisión de cinco vecinos para que emita dictamen acerca del acuerdo que ha de regir durante la semana entrante. Retíranse los nombrados, á cumplir su misión, á un lugar apartado unos cuantos metros. Allí proponen, discuten y convienen lo que juzgan más conveniente, y cuando todos están conformes, vuelven al seno del concejo. El alcalde de barrio impone entonces el silencio que se había interrumpido, y uno de los de la Comisión, el más caracterizado, se levanta y dice: «Los *acordadores* hemos convenido en...;» y expone verbalmente lo que les ha parecido y proponen: adónde han de ir á pastar durante la semana las vacas, las caballerías, las ovejas, los corderos, las cabras, etc.; cuáles pagos y terrenos comunes quedan abiertos ó *derrotos*, y cuáles cerrados ó *cotos*, durante la misma, precisando si la prohibición se extiende á todos ó no más que á determinados ganados; en qué *cotos* pueden pastar las parejas de los que tienen la casa ó parte de ella en construcción y los toros y los terneros, reses para las cuales siempre existen estos privilegios; si ha llegado el tiempo oportuno, acuerdan el día ó días en que han de ir los vecinos todos á recoger y repartir la leña de los montes de haya y roble, y aquellos otros en que se ha de proceder al arreglo de los caminos vecinales; determinan cuándo han de entrar los ganados en las fincas particulares abiertas ó no cercadas, después de recogidos los frutos; cuándo se han de bajar las caballerías de los puertos y en qué forma se han de guardar; y en suma, todo aquello cuyo acuerdo es de ocasión y por esto no está determinado en el «libro de pueblo» ni en las ordenanzas. Si no hay nadie que hable en contra, el dictamen se aprueba desde luego; si hay alguno ó algunos que quieran exponer algunas consideraciones, hacen las que estiman oportunas, contestando alguno de los de la Comisión

ú otro vecino cualquiera que crea que lo propuesto es lo que más interesa. Si hay algo que la mayoría estima inaceptable, se desecha; si alguna enmienda es considerada como oportuna, pasa á formar parte del proyecto de acuerdo. Discutido éste suficientemente, se procede á la votación.—Seguidamente, entra el concejo en el período de las peticiones ó proposiciones. Uno de los que tienen fincas en un pago, pide que los demás que también las tienen arreglen con él el camino rural que conduce á aquéllas, determinando el día en que el arreglo ha de hacerse; otro pide que se limpie la acequia que sirve para el riego de un conjunto de prados, á lo que han de concurrir todos y sólo los dueños; solicita otro que los comuneros de un molino reformen la presa y el puerto que han de suministrar fuerza motriz para que aquél muela con más desahogo, ó que practiquen las reparaciones que en el molino sean necesarias, etc., etc. (Llegado el día, si alguno de aquellos á quienes imcumbe deja de concurrir á la prestación del servicio, se le impone una multa en beneficio de los fondos del Común. El que hizo la petición ó proposición es el encargado de dirigir los trabajos, de llevar lista y de denunciar ante aquél á los que faltaron). — El acuerdo y las peticiones ó proposiciones los consigna por escrito la Comisión nombrada (es el acta de la sesión del concejo en funciones de poder legislativo); reuniéndose para ello los vocales en la «casa del pueblo.» Una copia de este escrito ó acta, á que ellos llaman *el acuerdo*, la fijan en el sitio público de costumbre, para que por este medio de promulgación llegue á conocimiento de todos. Esa copia la recoge el guarda al oscurecer del mismo domingo, y á ella se atiene para desempeñar su cometido» (1).

No debía diferenciarse gran cosa de éste el procedimiento seguido en las ciudades, mientras conservaron su forma de gobierno por el voto popular directo (2); pero sus Orde-

(1) En la misma obra *Derecho consuetudinario*, t. II, págs. 280-281.

(2) Bobadilla hace constar que en su tiempo correspondía ya, por cos-

nanzas apenas suministran detalles más que sobre el modo de convocar al vecindario, á voz de pregón (1). Las de Huesca consagran el principio, que diríamos constitucional, de que todo ciudadano con casa abierta en la ciudad «puede proponer lo que quisiere, y se aya de deliberar sobrello lo hacedero» (2).

Aplicado ya no á una reducida localidad, sino á la nación, ha existido quizá un rudimento de referendum en la España visigoda, determinando una forma especial de Gobierno, peculiar de aquel pueblo, intermedia entre la monarquía parlamentaria y la monarquía pura, y que en todo caso lleva implícito el reconocimiento de que para la validez de la ley se requiere su previa aceptación por parte del pueblo. Así, por ejemplo, en el caso del llamado Breviario de Aniano, compilación hecha por disposición del rey Alarico en el año 605, una Comisión de Codificación (*jurisperitorum* etc.) llevó á cabo la obra, y el rey *la refirió* al clero y al pueblo, haciéndola aprobar por los obispos y los diputados de las provincias (*venerabilium episcoporum vel electorum provincialium nostrorum roboravit adsensus*) (3); algo parecido á lo

---

tumbre, á los regidores el poder deliberante en las ciudades y lugares populosos, sin que fuera necesario reunir en concejo al vecindario. (*Política para Corregidores* cit., págs. 122 y 127).

(1) Véase como ejemplo las *Ordinaciones de la ciudad de Zaragoza* concedidas por Carlos II, Zaragoza (1693, págs. 37 y 193): sobre el orden de la convocatoria del concejo.

(2) *Ordinaciones del Regimiento de Huesca* impresas por mandado del Concejo y Consejo en el año 1587; Huesca, 1587, págs. 66-68, ordenanzas que principian «*Del Concejo.* Por quanto etc.»—Además de los ciudadanos, tenían derecho de proponer, ó sea de iniciativa, el Justicia, el Prior y los Jurados. En concejo había de tratarse y acordarse todo lo concerniente á enajenaciones y cambios de términos, montes, aguas, derechos, privilegios, prerrogativas, bienes sitios, arrendamientos, etc., como, en general, cualquier otra cosa que pareciese conveniente proponer «sobre el regimiento y bien común de la dicha ciudad y conservación del patrimonio.»

(3) Fernández Guerra é Hinojosa, *Historia de España desde la invasión de los pueblos germánicos hasta la ruina de la Monarquía visigoda*, t. II, páginas 342-344.

que son de hecho nuestras modernas Cortes, ajenas prácticamente á todo derecho de iniciativa, y aun de veto, reducidas en sustancia á aprobar lo que les propone el Gobierno. En los Concilios de Toledo, el rey pide para ciertos decretos el *placet* ó aceptación del clero y del pueblo, en la siguiente forma: «Et ideo, *si placet omnibus, qui adestis*, haec tertio reiterata sententia, *vestrae vocis eam consensu firmate.* Ab universo *clero* vel *populo* dictum est: qui contra hanc *vestram* definitionem presumpserit, anathema sit» (1).

Desde otro punto de vista, distinto del legislativo, un respetable hombre público ha indicado recientemente la conveniencia de introducir en la constitución de nuestro país la revisión ó examen directo por el pueblo de los actos del Parlamento, como un freno para los excesos y abusos del Poder y medio al propio tiempo de evitar la falsificación del sufragio, de crear costumbres públicas, de dar un criterio seguro á la Corona para resolver las crisis más difíciles y «cortar muchas de las corruptelas que se han ido formando á la sombra de los Gobiernos constitucionales» (2).

---

(1) Así se lee en los concilios IV, XVI y otros: véase *Collectio max.* de Aguirre, t. III, pág. 780, y t. IV, pág. 331.—Cf. Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, primera parte, cap. II, § 11.

En *populo* veo yo expresado el brazo de los procuradores ó representantes de las provincias; los mismos *electi provinciales* del «commonitorium» que precede al Breviario de Aniano.

(2) El Sr. Marqués de la Vega de Armijo, en *Discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* en la recepción pública del excelentísimo Sr. D. Fernando de León y Castillo el 26 de Enero de 1896; Madrid, 1896, págs. 56-61.

V

AUTONOMÍA Y COSTUMBRE LOCAL

Lo expuesto hasta aquí arroja la siguiente conclusión: que no son derecho vivo, que no son derecho positivo las reglas jurídicas que el pueblo no ha elaborado y puesto en vigor por vía de costumbre, ó que el pueblo no prohijó en un principio por vía de aceptación, tácita ó expresa, ó que ha dejado caer en desuso. Corolario: derecho que la colectividad social no conozca, no ha podido ser consentido, introducido ó prohijado por ella; de consiguiente, no le obliga, aun siendo del género llamado *imperativo* ó *prohibitivo;* de consiguiente, carece de valor para suplir las deficiencias ó la falta de expresión de las voluntades individuales, aun siendo del género llamado *supletorio*. Propiamente, ni siquiera puede llamarse derecho; al menos, derecho positivo.

En este punto se levanta una objeción, á primera vista formidable. Aun dado que la conclusión sea cierta, resulta ineficaz para el efecto de sustituir el régimen legal imperante en materia de conocimiento é ignorancia del derecho por otro más racional, porque no existe posibilidad de hacerla práctica: si se trata de aceptación reflexiva, el referendum es impracticable en colectividades tan extensas, de cuerpos legales tan abultados y de actividad legislativa tan febril como son por punto general las nacionalidades modernas; si se trata de elaboración directa por vía de costumbre, se producirán reglas consuetudinarias locales, ó á lo sumo regionales, pero no podrán producirse normalmente reglas consuetudinarias de observancia general en la nación, que puedan recibirse como expresión de la voluntad de todos los

7

nacionales ó de la mayoría de ellos y aplicarse, por tanto, como ideal positivo á la determinación de las voluntades presuntas.

Adviértase, empero, que la primera de estas dos supuestas imposibilidades que diríamos físicas, no lo ha sido en la República helvética ni en la norteamericana, por la circunstancia de hallarse ambas seccionadas interiormente en diversidad de Estados autónomos de no gran extensión y dotados de la facultad de legislar cada uno para sí con entera independencia de los demás, así en materias civiles como administrativas y penales (1). Idéntica solución «autonomista» y «federal» (valgan los términos) habían ideado hace más de seis siglos los autores del código castellano de Partidas y de la compilación de Fueros de Aragón, para desatar la otra aparente imposibilidad, erigiendo en primero de los criterios legales para la interpretación de las voluntades individuales la costumbre local. «E aun ha otro poderio muy grande [la costumbre], que puede tirar las leyes antiguas que fuessen fechas antes que ella;... é esto se deve entender quando la costumbre fuesse usada generalmente en todo el reino;... *mas si la costumbre fuesse especial, estonce no desataria la ley sino en aquel logar tan solamente do fuesse usada:»* así se expresa el primero de los dos nombrados cuerpos legales (Partida I, tít. 2, ley 6). El fuero aragonés «de iis quae dominus Rex» reconoce validez á las costumbres locales y de distrito lo mismo que á las generales, «*usus et consuetudines*

(1) Pregúntase Laveleye si el referendum podría ser adoptado con provecho en otros países, y dice no se debe echar en olvido que Suiza se halla en condiciones excepcionalmente ventajosas para esta forma de Gobierno. «El país está dividido en un gran número de Estados autónomos, donde las votaciones son mucho más fáciles y menos temibles que en un país dilatado. La competencia del poder federal es muy limitada; tiene muy pocas leyes y reglamentos que hacer: así es que se ofrece á la totalidad del pueblo suizo muy raras ocasiones de emitir su voto. Es en las *landsgemeindes* y en los municipios donde el pueblo suizo está acostumbrado, desde la Edad Media, á gobernarse á sí mismo.» (*Le gouvernement dans la democratie*, t. II, 1891, pág. 166.)



tam particularia quam generalia;» y en el orden de prelación, los intérpretes, como Suelves y Sessé, colocan á aquellas delante de éstas, declarando que «la costumbre local prevalece sobre la general y deroga el fuero, sin ser derogada por él» (1).

Así lo reclamaba imperiosamente la lógica. Desde el momento en que se reconoce á los individuos, como un derecho natural, la facultad de legislar para sí, con entera independencia de las leyes del Parlamento *(lex contractus: «pactos vencen leyes,» standum est chartae; pacta sunt servanda; lex testamenti*, etc.), ¿á título de qué le sería negada ó retenida á la entidad municipio, que es también persona natural y tan sustantiva como el individuo, como la familia, como la nación, y por tanto, tan soberana en su esfera como cada uno de ellos en la respectiva propia?

Sobre este tema me propuse disertar más especialmente, desenvolviendo doctrina sentada en otra parte hace muchos años (2); pero me encuentro con que ya antes de llegar al dintel, las cuestiones tocadas hasta aquí se han llevado todo el espacio y todo el tiempo que la indulgencia de la Academia, llevada á su mayor extremo, podía otorgarme. Ya sin eso he rebasado quizá los límites razonables de un discurso. Me apresuro, pues, á ponerle punto, en espera de nueva ocasión para reanudarlo.

Al despedirme así temporalmente de un tema cuyas más elementales derivaciones parecen llevar consigo, como una exigencia de razón y como una necesidad apremiantísima de

(1) Suelves, *Consejos ó Decisiones*, semicenturia 1.ª, cons. 42; Sessé, *Decisiones de los Tribunales*, n. 413; cit. por Dieste, *Diccionario del Derecho civil aragonés*, Madrid, 1869, v.° Costumbre, pág. 158.

(2) *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, Madrid, 1883, págs. 190-195.

las sociedades modernas, nada menos que una revolución: *arriar la toga, emancipar al pueblo de la Facultad*,—vuelvo la vista al punto de partida y me encuentro otra vez con Sanromá. Repasando los fragmentos impresos del discurso que preparaba para su recepción y que tan á deshora interrumpió la muerte, descubro que no le había faltado algún vislumbre de esta forma de la antinomia entre la fuerza y el derecho, al señalar el modo como se constituyó con vida aparte el derecho civil en Grecia y Roma, «cuando ya la *familia*, cuando ya la *propiedad*, cuando ya el valor del *mutuo consentimiento* había tomado formas concretas, y con ellas carta de naturaleza en los respectivos suelos, si bien dominando sobre aquellos tres conceptos el superior del Estado, por el carácter eminentemente socialista de todas las civilizaciones primitivas. Con esto (decía) quedan anticipadamente contestados aquellos que pretenden hacer pasar por una novedad la doctrina de la superposición del Estado, mostrándola como conquista del porvenir, en vez de encontrarla entre las brumas del pasado. Nota alarmante esa del Estado-Providencia, el Staats-Hans de los alemanes; nota cuyos estragos se están sintiendo ya de sobra en las presentes generaciones; especie de comodín que tratan de explotar en sus particulares provechos las clases dominantes y las que aspiran á serlo; las que por juro de heredad se han vinculado el ejercicio de los poderes, y aquellas otras que, con título de desheredadas, aspiran á su posesión y á sus aprovechamientos.»

Con estas elocuentes palabras, señores académicos, cierra Sanromá una disertación que él mismo había principiado, pudiendo decirse en cierto modo que al recibirme á mí, le recibís también á él, y que gracias á esto, la solemnidad de hoy no resulta un fraude al crédito y á las tradiciones de la Academia.

CONTESTACIÓN

DEL

SR. D. GUMERSINDO DE AZCÁRATE

ACADÉMICO DE NÚMERO

Hace veintiocho años, para honrar la memoria de Maranges, dedicaba su familia cierta suma, recibida con otro destino, á un premio entre los alumnos del malogrado é inolvidable profesor de la Universidad de Madrid, galardón que obtuvo el Sr. Costa mediante la presentación de un trabajo, que causó sorpresa al jurado que entendió en el asunto, y con el cual comenzó la larga serie de los producidos por el nuevo Académico. Larga serie, sí, porque, dejando á un lado la labor prestada en campañas cuyo recuerdo no encaja en esta solemnidad, causa asombro el número de obras por él dadas á luz, y no menos la variedad de asuntos que en ellas se estudian: derecho, administración, historia, política, mitología, colonización, agricultura. No hay para qué citarlas aquí, pero tampoco es posible dejar de hacer mención de la última sobre *El colectivismo agrario en España*, pues paréceme que cuando se publique la traducción que de ella se está haciendo al francés, despertará verdadero entusiasmo entre los que se consagran á ese linaje de estudios, porque el libro es un arsenal inmenso en materia en que Laveleye se contentaba con apoderarse aquí y allá de datos sueltos y fragmentarios.

Y no digo más en justificación del buen acuerdo con que la Academia ha llamado á su seno al Sr. Costa, porque recelo que lo dicho, con ser tan escaso, todavía ha de causarle molestia; pero tampoco podía guardar absoluto silencio sobre sus méritos, siquiera para que no pueda decirse que pasamos por la categoría de *candidato á crédito* que modestamente se atribuye.

Con ser tantas las esferas en que ha ejercitado sus facultades el Sr. Costa, segun queda notado, lo que á mi juicio le

da carácter en primer término es su constante atención al problema de la *costumbre* como fuente de derecho. Alumno de la Universidad, ya se ocupa de él en la citada Memoria, que obtuvo el premio Maranges, sobre *La vida del Derecho*, publicada en 1876; en 1880 sorprende á los jurisconsultos aragoneses dando á luz el *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*, conocido antes tan sólo de los que lo vivian; en sus obras sobre la *Teoría del hecho jurídico, individual y social* (1880), *La libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses* (1883), *Estudios jurídicos y políticos* (1884), *Materiales para el estudio del Derecho municipal consuetudinario de España* (1885), *Derecho consuetudinario de España*, en la «Revista general de Legislación y Jurisprudencia» (1896 y 1897), y el *Colectivismo agrario en España* (1898), trata tan interesante cuestión bajo todos los aspectos: teórico, práctico é histórico. Por ello, en la imposibilidad de ocuparme en todos los particulares contenidos en el notabilísimo discurso que acabamos de oir, voy á hacer algunas consideraciones sobre tema tan interesante, con tanto más motivo, cuanto que en justicia preciso es decir que el Sr. Costa es quien en primer término y con más empeño lo ha planteado y dilucidado en España.

En un libro reciente, de un mérito extraordinario en mi humilde juicio, debido á la pluma de Mr. F. Geny, sobre el *Método de interpretación y Fuentes del Derecho privado positivo,* se abre la sección consagrada á la *costumbre* con este párrafo: «Pocos problemas de orden general han sido tenidos en tan completo olvido por los modernos juristas franceses como el de la costumbre, considerada como fuente formal del Derecho privado objetivo. Nuestra literatura jurídica es, en este respecto, de una pobreza absoluta; y he podido, en otro lugar, resumir, en pocas líneas, las conclusiones casi por completo negativas que prevalecen en la doctrina de nuestros escritores, sin contradicción muy expresa por parte de la jurisprudencia, con relación á una fuente que la ciencia alemana, lejos de hacer caso omiso de ella, se ha complacido en darle relieve y en someterla á los más minuciosos análisis.» Lo mismo ha podido decirse de España has-

ta que el Sr. Costa empleó todas sus energías en la defensa de los fueros de la costumbre.

Que hubo un tiempo en que la costumbre fué la única fuente del derecho, es cosa que no cabe poner en duda; ni tampoco la ofrece que su decadencia fué debida en no pequeña parte al influjo del Derecho Romano imperial, mejor ó peor entendido por sus comentaristas, con lo cual se preparó el terreno para que las ideas sobre la omnipotencia de la ley, derivada de la fe ciega en el valor de los principios y en la fuerza incontrastable de la voluntad, triunfasen, dando lugar al hecho elocuente de que todos los Códigos, hasta los más modernos, ó proscriban la costumbre, ó hagan caso omiso de ella, contentándose cuando más con remitirse á las locales en casos en que es inevitable, resultando así una sola fuente, la ley como el «verbo perfecto del Derecho» que diría Bluntschli. Así se explica que ni aun en los límites restringidos en que admitía la costumbre como fuente de derecho el proyecto del Código civil francés del año VIII, se consagrara más tarde en el aprobado. Y así se explica también lo ocurrido en Alemania con motivo del novísimo Código civil.

Una de las consecuencias de la doctrina propagada por Hugo, Savigny y Puchta, jefes de la escuela histórica, fué que, al buscar la base última del Derecho positivo en la conciencia común del pueblo, resultaba que el Derecho consuetudinario era la revelación inmediata y espontánea de aquélla, mientras que la ley, por emanar de órganos especiales, lo era de un modo mediato y reflexivo. Desde entonces, aunque en diferentes grados, con atenuaciones ó sin ellas, la costumbre ha tenido constantemente en Alemania mantenedores decididos. Pero desde el siglo XVI, bajo la inspiración de canonistas y romanistas, las legislaciones regionales admitían la costumbre tan sólo como fuente subsidiaria, llegando algunas, en el XVII, á proscribirla por completo, y más aún en el XVIII bajo el influjo de la soberanía exclusiva atribuída á la ley. Eso hizo el Código prusiano, y con más decisión aún el austriaco, el cual, después de dejar á salvo las costumbres á que el mismo se remita concretamente, no alu-

de luego á ninguna. El Código de Baden de 1805 y el Sajón de 1865, admitieron la costumbre, el primero, como modo de interpretación de las leyes y de los contratos, y el segundo como elemento de interpretación de la voluntad de las partes. Y últimamente, el Código de Comercio, que rigió para la Confederación de la Alemania del Norte desde 1.º de Enero de 1870 y para todo el Imperio desde el establecimiento de éste, consagró como derecho supletorio las costumbres del comercio y antepuso éstas al derecho civil común ó general.

Dados estos antecedentes, no es extraño que en el art. 2.º del proyecto de Código civil se dijera «las reglas de Derecho consuetudinario valen tan sólo cuando la ley se remite á ellas». Los autores de aquél creyeron que el desarrollo de la centralización y la complicación de las relaciones sociales habían arrancado á la costumbre la que había sido su esfera de acción; y sin embargo, por temor de que el Derecho consuetudinario local hiciera imposible el fin primero de la codificación, la unidad del Derecho civil alemán, escribieron ese artículo. Durante el período en que el proyecto se sometió á la discusión pública, fueron muchas las reclamaciones contra esa disposición, y no debió ser muy firme la convicción de sus defensores, ni lograr tampoco sus contradictores hacer prevalecer su punto de vista, cuando se tomó el camino de suprimir el artículo; es decir, se optó por no decir nada. El vacío tiene que llenarlo la doctrina, la ciencia, y ya ha empezado á hacerlo, sosteniendo unos la validez de la costumbre en todo caso, y otros sólo la *praeter legem;* unos, la de las costumbres generales únicamente, y otros también la de las locales; resultando, en definitiva, que, á juzgar por sus primeras producciones, la ciencia alemana, como dice M. Geny, procura en la nueva situación abrir ancho campo al derecho consuetudinario.

En Francia, no obstante la derogación de las costumbres generales y locales por la ley de 30 de Ventoso del año XII y el art. 1041 del Código de Procedimiento civil, los primeros comentaristas todavía mantuvieron la antigua doctrina en pro de la costumbre *contra ley;* pero bien pronto vinieron

todos á convenir en negar todo valor y en todo caso á aquélla, y entre ellos MM. Aubry y Rau, quienes alegan como razón que la teoría favorable á la costumbre tiene explicación en una Monarquía absoluta, en que la ley no es más que la expresión de la voluntad del jefe del Estado, así como en un gobierno democrático, en el que es aquella votada por la generalidad de los ciudadanos, pero que es incompatible con constituciones que establecen la división de poderes, y someten á condiciones especiales la proposición y formación de la ley. M. Geny no encuentra más disidente de la opinión general que M. Beudant, el cual, aunque con vacilaciones, sostiene la fuerza de la costumbre contra ley y el alcance derogatorio del desuso. Pero en estos momentos, puede decirse, se verifica en Francia una trascendental rectificación favorable á la costumbre. M. Paul Lombard, en su discurso sobre el nuevo Código civil alemán, dice: «La ley es un modo del derecho, pero no lo contiene por entero; esfuérzase el legislador por formular ciertas reglas esenciales, pero estas reglas vivían antes en estado más ó menos latente en las conciencias, y con dificultad encuentran su fórmula adecuada en la palabra del legislador, el cual no puede abrigar la pretensión ni de crear por sí sólo el Derecho, ni de encerrarlo en sus reglas, siempre pobres si se comparan con la riqueza de la vida.» Y añade que es un error lamentable el creer que el Derecho puede salir constituído por completo mediante la sola voluntad del legislador, y que las reglas que él dicta han de ser suficientes para regir todas las complicadas relaciones de la vida, una de cuyas más funestas consecuencias es la fe supersticiosa en la omnipotencia del Estado, ó de la ley que él dicta.

Así, si antes decía Mr. Demolombe: «Lo primero son los textos», y M. Bugnet más crudamente: «No conozco el *Derecho civil:* no enseño más que el Código Napoleón», hoy, parafrasean á Ihering, M. Saleilles y M. Geny, sin otra diferencia que éste dice: *«par le Code civil,* mais au-*delá du Code civil»*, y aquél: «au-delá *du Code civil*, mais *par le Code civil.»*

El estado de esta cuestión en España lo muestran estos tres hechos. Es el primero que en el *Congreso de Juriscon-*

sultos aragoneses, celebrado en 1880, la Sección correspondiente formuló esta proposición: «Para determinar el criterio con que han de ser interpretadas las voluntades de los particulares, debe establecerse en el Código el siguiente orden de prelación: 1.° la *charta;* 2.° la *costumbre local*; 3.° la *costumbre general* introducida en el Código en calidad de derecho supletorio»; y el Congreso la rechazó, «entendiendo, dice el Sr. Costa (1), que no compete á la costumbre función alguna en la vida, y negándole toda virtud y toda eficacia como fuente de Derecho para lo venidero». Es el segundo lo ocurrido en el *Congreso jurídico español* de 1886. Puesta á votación la conclusión primera, que decía así: «Conviene recoger las costumbres jurídicas subsistentes en las diversas regiones, para que, ya en forma de precepto obligatorio, ya como forma de derecho aplicable según la voluntad de los interesados, se incluyan en el nuevo Código civil»,— votaron en pro 346, en contra 31, y se abstuvieron 28; es decir, que hubo 59 congresistas que reputaron perjudicial ó de dudosa conveniencia cosa al parecer tan clara como la que implicaba la conclusión. Y resultó que, á la segunda, expresada en estos términos: «publicado el Código, debe subsistir como fuente de derecho la costumbre que sea *contraria* á sus preceptos», dijeron: sí, 77; no, 294, y se abstuvieron 34;—y á la tercera, sobre si «debe subsistir como fuente de derecho la costumbre que sea con ellos *compatible*», dijeron: sí, 373; no, 19, y se abstuvieron 13. Y es el tercer hecho, que al discutirse en el *Congreso de los Diputados* el novísimo Código civil, mientras los juriconsultos afiliados á los partidos gobernantes mantuvieron el exclusivismo de la ley como fuente del derecho positivo, inspirándose en los prejuicios tan en boga á fines del siglo último, desde los bancos de la izquierda radical se sostuvo la virtud y eficacia de la costumbre.

Excusado es decir que, salvo para aquellos que llevan su preocupación hasta el extremo de rechazar la costumbre *praeter legem*, el problema consiste en la estimación de la cos-

(1) *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, Madrid, 1883, pág. 109.

tumbre *contraria* á la ley; y no es extraño que sean tantos los que repugnan su admisión, si se tiene en cuenta lo que á primera vista implica. En efecto; parece que al día siguiente de ordenar ó prohibir una cosa el legislador, es decir la autoridad, el poder público, cualquiera, con burla de aquél, deja de hacer lo que se le manda, ó hace lo que se le veda; de donde resultaría una verdadera y completa anarquía y frustrado el propósito á que ha obedecido la formación de la ley. Pero al recelar que se produzcan tales consecuncias, se echan en olvido dos cosas. Es la una, que la aparición de la costumbre contra ley implica el abandono de ésta por parte de todos los interesados en mantenerla, ó para hablar con más exactitud, que no hay nadie que se encuentre en ese caso; ó lo que es lo mismo, que para que la costumbre nazca y viva, es preciso que la ley, ó no haya llegado á nacer, ó que haya muerto. ¿Se concibe, por ejemplo, que consagrada por la ley la institución de las legítimas, pueda la costumbre establecer la libertad de testar á ciencia y paciencia de los herederos forzosos perjudicados? Y es la otra, que no se pretende que sea ilimitada la esfera de acción de la costumbre contra ley, con abstracción del carácter y naturaleza de ésta. En efecto; hay que distinguir entre el derecho *supletorio* y el derecho *obligatorio*. «Abraza aquél todas todas aquellas relaciones jurídicas que afectan á la naturaleza humana en su concepto relativo y mudable, como individualidad; en eso que constituye el carácter, y por decirlo así, su constitución interna, y que en cada instante es otro y diferente, porque depende de un número infinito de condiciones infinitamente variables, nacidas de la herencia, de la educación, de la edad, del grado de desenvolvimiento del espíritu, del equilibrio de sus facultades psíquicas, de sus antecedentes, de sus medios, de sus aptitudes, etc. Siendo individual la relación, la satisfacción de la necesidad (ó sea, el cumplimiento del fin) ha de admitir diversidad de formas ó modos en su realización, y únicamente las personas á quienes directamente interesa han de poder juzgar con pleno conocimiento de causa lo que más les convenga en eada caso. Esas personalidades, llámense individuos, llámense asociaciones, corporaciones ó

familias, son centros, y centros activos, de finalidad, y por tanto, de derecho, y por tanto, de jurisdicción; jurisdicción necesaria, indelegable, privativa suya, por cuya virtud quedan constituídos en otros tantos Estados, tan propios de sí, tan sustantivos, como pueda serlo en su esfera la nación. De ahí los llamados derechos «naturales» ó «individuales»; de ahí la facultad de darse ley en el pacto ó en el testamento, de imprimir á su actividad la dirección que mejor cuadre á sus aptitudes ó á sus aficiones, de disponer de los frutos de su trabajo, de someterse á árbitros designados libremente, y tantos otros.»

«Pero ocurre: 1.°, que los particulares no siempre tienen experiencia de los actos que han de ejecutar, y conviene que el legislador les ofrezca, desarrollados ya, uno ó varios modelos, una ó varias formas típicas que lleven la consagración de la práctica, á fin de evitarles el trabajo de tener que inventarlas por sí y el peligro de equivocarse; 2.°, que los hechos jurídicos, aun en círculo tan reducido como la vida individual, se producen en serie tan rápida, que es imposible á las personas privadas determinar en cada acto las condiciones todas de su producción; y para evitar la indeterminación que nacería de aquí forzosamente y los repetidos conflictos á que daría lugar, se hace preciso que el poder público desarrolle uno ó varios tipos de capitulación matrimonial, de testamento, de compraventa, de sociedad, de arrendamiento, etc., y erija en regla fundamental de juicio, que cuando los particulares contraigan relaciones ó ejecuten actos de derecho sin haber determinado previamente los principios que han de regirlos, si se promueve sobre ellos alguna contienda ó se hace precisa de algún modo la intervención del Estado, dará por supuesto que los actores entendieron aceptar tácitamente el modelo oficial que para el solo efecto de suplir el silencio de los particulares se ha escrito en la ley. Por eso, las leyes de este género se llaman *supletorias*.» Es decir, que «en defecto de expresión individual de la voluntad, lo lógico ha de ser suplirla por la voluntad social; presumir que aquel sujeto que nada dijo, quiso lo que quiere la generalidad en aquella misma clase de actos»; de donde re-

sulta que, «tratándose de leyes supletorias, no puede decirse propiamente que exista costumbre contra ley».

En muy otro caso se encuentra el *derecho obligatorio*, ó sea aquel conjunto de leyes que el Poder público impone como normas inmutables de conducta. «Pero todas estas leyes no han sido revestidas de sanción pública por un mismo concepto. Analizadas una por una, se las ve divorciarse para ir á formar en derredor de dos distintos centros. Las unas son leyes que afectan á lo esencial é inmutable de la naturaleza humana; traducen aquellos principios tenidos unánimemente por fundamentales y eternos en cada pueblo ó siglo, invariables, superiores á la voluntad, extraños á toda diferencia de condiciones individuales, y que, por lo mismo, no pueden revestir sino una forma única. Las otras ordenan relaciones jurídicas de carácter individual ó privado, que, aunque sometidas á una norma fija, no repugna á los sentimientos de la época el que sean regidas por reglas diversas y confiadas á la libre apreciación y regulación de los particulares.—Las primeras constituyen dogmas fundamentales de una civilización, y por esto se las encuentra rigiendo por igual en todos los pueblos que componen en cada época lo que llamamos en la nuestra el «concierto de las naciones civilizadas», y las más encontradas escuelas las admiten como predicados categóricos; infringirlas es conmover en sus cimientos el orden social; acto que se desvía de tal norma, la sociedad se apresura á condenarlo y á destruirlo en sus efectos como perturbador y antijurídico, como contrario á lo que se ha denominado con una frase que viene consagrada por la tradición, «el derecho natural y las buenas costumbres»; por esto no puede aquí introducirse nunca costumbre contra ley. A este género pertenecen las leyes que en los pueblos indo-europeos consagran actualmente la monogamia, ciertos impedimentos para contraer matrimonio, el poder tutelar de los padres, la nulidad de las obligaciones contraídas con fuerza ó dolo, la proscripción del *vergeld* ó composición, del talión, del tormento, etc.—Las segundas, por el contrario, si en unos pueblos figuran como de derecho público y obligatorio, otros, con hallarse inspirados en los mismos princi-

pios, las han codificado como derecho voluntario y supletorio. Son obligatorias en aquéllos, no en razón de su naturaleza, sino por puro accidente, por rutina y apego á lo pasado, en que recibieron esa forma á influjo de otras concepciones filosóficas ó religiosas, ó bien, por efecto de cierta subjetiva presunción, por la cual, las clases gobernantes y letradas han solido extremar hasta aquí, en la historia, su ministerio tutelar respecto de las demás, considerándolas incapaces de gobernar por sí sus relaciones económicas y de familia y necesitadas de que una ley previsora les reglamente la vida hasta en sus detalles más insignificantes. Tales, por ejemplo, la prohibición de poseer bienes raíces las corporaciones civiles, de celebrar contratos de enfiteusis, de estipular entre sí los esposos durante el matrimonio, de adoptar hijos extraños quien los tenga propios ó quien no pueda legítimamente procrearlos, el condominio necesario de los hijos en los bienes de los padres, traducido en una fórmula impuesta de testamento, el poder marital y la privación de toda capacidad á la mujer casada para administrar sin el concurso ó la licencia de su marido, la organización de los bienes en la familia según un sistema legal impuesto rígidamente á todos por igual, etc.»

Ahora bien; si respecto del primer grupo de leyes obligatorias no cabe admitir la costumbre *contra legem*, en el supuesto que pueda producirse, no se encuentra en el mismo caso el segundo, porque si la sociedad «se abstiene de cumplir la ley ó la desusa, ó introduce costumbre en contrario, es que el legislador se equivocó y no tiene derecho para aprisionar en aquellos moldes, que él ha fantaseado, la actividad de una nación, de una familia, de un individuo; debe reconocer su error, respetar como legítimo el nuevo estado de derecho y enmendar su ley ó sustituirla por otra» (1), ó dejar, añado yo, que la costumbre funcione y cumpla su misión.

(1) Este párrafo y los insertos más arriba son del dictamen presentado en el Congreso Jurídico Español de 1886 [Madrid] por la ponencia, formada de los Sres. D. Francisco Giner de los Ríos, D. Bienvenido Oliver, D. José M.ª Pantoja y D. Joaquín Costa.

Pero al menos, admítase sin recelos ni categorías la costumbre *praeter legem*, si bien no como derecho supletorio respecto de Códigos redactados con la pretensión de que en ellos habrá de hallarse solución para todos los casos, hasta los más concretos, bajo el prejuicio que llevaba á Justiniano y á Napoleón á considerar como una desgracia para los suyos la aparición del primer comentarista, —sino como complemento obligado, práctico y conveniente de Códigos que sean expresión de los principios fundamentales de cada institución de derecho y dejen á la costumbre la misión de desenvolverlos, adaptándolos á las condiciones de cada región, ya que, según decían las Cortes de Valladolid, á poco de morir Isabel la Católica, «cada provincia abunda en su seso, e por esto las leyes y ordenanzas quieren ser conformes á las provincias, y no pueden ser iguales ni disponer de una forma para todas las tierras». De ese modo podría quizá tener solución el problema de la codificación en España, compaginándose la *unidad* con la *variedad*, en vez del estado actual, en que resultan regidas cuarenta provincias por un mismo Código (unidad sin variedad) y nueve regidas por distintos Códigos (variedad sin unidad).

He ahí uno de los problemas jurídicos más trascendentales de que el siglo XIX había llegado á desentenderse y que el siglo XX está llamado á resolver. Hasta qué punto se preocupa de él nuestra Academia, díganlo sus concursos para la recolección de prácticas ó costumbres de Derecho y de Economía, tan brillantemente inaugurados. No será el nuevo académico quien menos ayuda pueda prestarle, por la especialidad de sus estudios, en la nueva dirección que este instituto acaba de imprimir á sus patrióticas iniciativas.

ERRATA IMPORTANTE

Pág. 79, línea 4.ª, dice *non recipiendo:* léase *non rejiciendo.*

